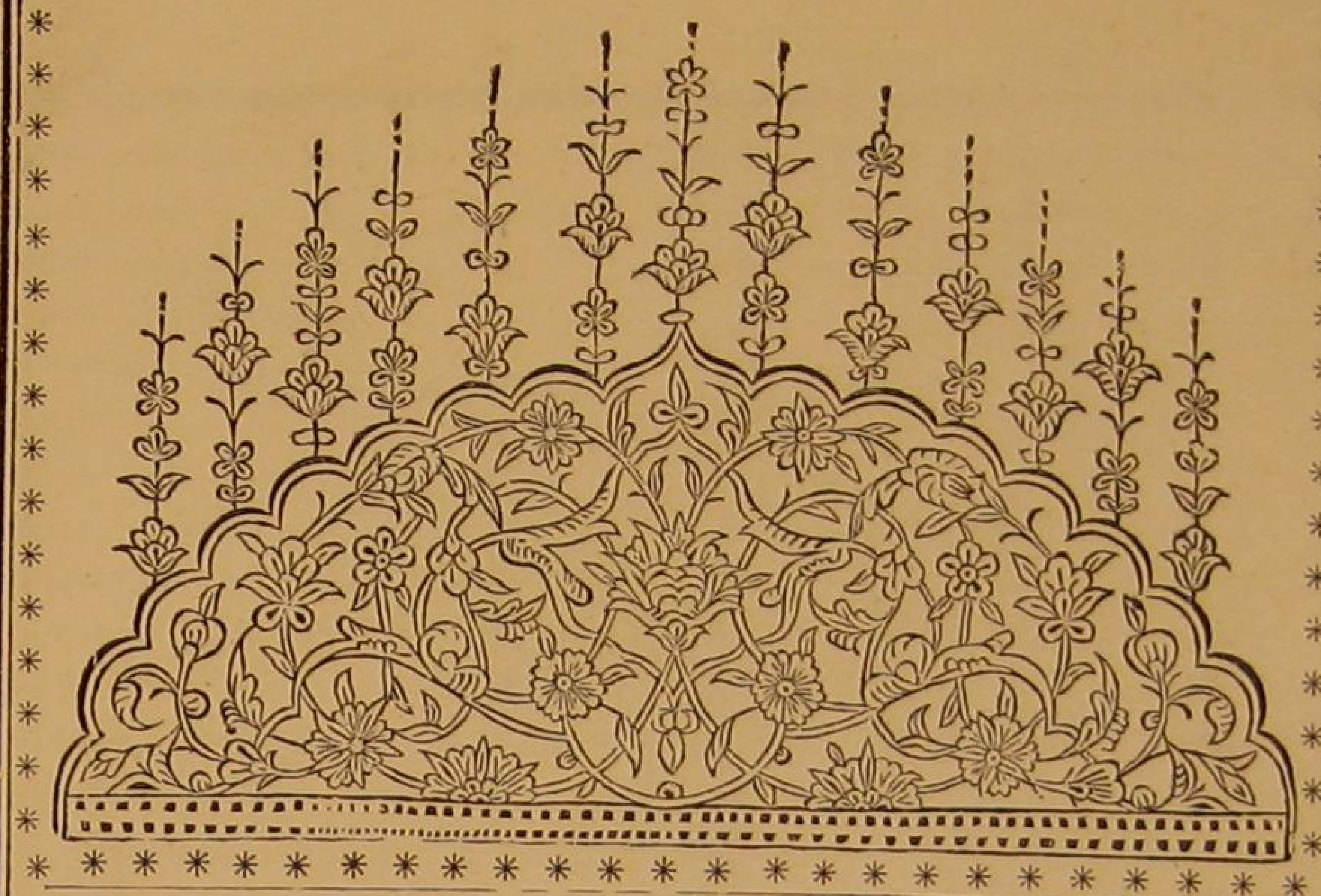






﴿ فهرست الجلد الثاني ﴾



) كتاب البيوع (

وجه المناسبة بينه وبين ما قبله ان ماقبله ازالة الملك لاالى مالك وفيه اليه فنزل الوقف فى ذلك منزلة البسيط
من المركب والبسيط مقدم على المركب فى الوجود فقدمه فى التعليم وهى جمع بيع بمعنى مبيع كضرب الامير والمبيعات
اصناف مختلفة واجناس متفاوتة او جمع المصدر لاختلاف انواعه اما باعتبار المبيع لانه اما بيع سلعة بسلعة
ويسمى مقايضة او بالثمن وهو البيع المشهور او بيع ثمن بثمن وهو الصرف او دين بثمن وهو السلم واما باعتبار الثمن
لان الثمن الاول ان لم يعتبر يسمى مساومة او اعتبر مع زيادة فهو المرابحة او بدونها فهو التولية او مع النقص
فهو الوضيعة او اريد به الحاصل بالمصدر كعلوم فى جمع علم وهو من الاضداد يقال على الاخراج
عن الملك والادخال فيه قال صلى الله عليه وسلم لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يبيع على بيع اخيه
اى لايشترى على شراء اخيه لان المنهى عنه هو الشراء لاالبيع ويقع غالبا على اخراج المبيع عن الملك قصدا
ويتعدى الى المفعول الثانى بنفسه وبالحرف نحو باعه الشئ وباعه منه وربما دخلت اللام فيقال بعت الشئ وبعت لك
فهى زائدة وابتاع زيد الدار بمعنى اشتراها وباع عليه القاضى اى من غير رضاه وكذا الشراء قال الله تعالى
وشروه بثمن بخس اى باعوه ويقع غالبا على اخراج الثمن عن الملك قصدا ثم البيع لاينعقد الا بصدور ركنه من اهله
مضافا الى محل قابل لحكمه كسائر العقود وهذا كما فى الحسيات فانه يحتاج فى ايجاد السرير الى النجار وهو مثل
العاقد فى مسئلتنا والى الالة وهو مثل قوله بعت واشتريت والى النجر وهو مثل اخراج هذا القول على سبيل الانشاء
والى المحل وهو المبيع وهذا معنى قول اهل الحكمة ان العلة على اربعة اقسام آلية كالفأس ومحلية كالخشب وفاعلية
كالنجار وحالية كالنجر وعلى هذا يخرج مسائل البيوع وغيرها من العقود عند دخول المفسد من حيث الاهل
ومن حيث المحل او غيره فان بذلك يختلف الامر فان العقد لاينعقد اصلا اذا لم يكن العاقد اهلا وينعقد موقوفا عند
توقف الاهلية وكذلك لاينعقد عند فوات المحل ومشروعية البيع بقوله تع واحل الله البيع وبالسنة وهى كثيرة
وباجماع الامة وبالمعقول (البيع فى الشرع مبادلة مال بمال) لم يقل بالتراضى ليتناول بيع المكره فانه منعقد وان لم يلزم
وقال يعقوب باشا وغيره وينبغى ان يزاد قيد بطريق الاكتساب كما وقع فى الكتب لاخراج مبادلة رجلين مالهما
بطريق الهبة بشرط العوض فانه ليس ببيع ابتداء وان كان فى حكمه بقاء انتهى وفيه كلام لان قوله ليس ببيع
ابتداء يقتضى ان يكون الهبة بشرط العوض فى ابتداء العقد تبرعا محضا لامبادلة فخرج بقوله المبادلة فلاحاجة
الى هذا القيد وكذا لاحاجة الى قيد على وجه التمليك كما قيل لانه يفهم من المبادلة ايضا (وينعقد البيع) اى يحصل
شرعا (بايجاب) هو كلام اول من يتكلم من المتعاقدين حال انشاء البيع سمى بالايجاب مبالغة لكونه موجبا اى مثبتا
للاخر خيار القبول (وقبول) اى من ايجاب وقبول او بسببهما وهو كلام ثانى من يتكلم منهما فى تلك الحال

فعلم

فعلم ان هذين اللفظين من اركانه فمن الظن انهما خارجان من حقيقة البيع وينبغى ان يكون الواو بمعنى الفاء فانهما
لو كانا معا لم ينعقد والاطلاق شامل لانواعه الاربعة الجائز والفاسد والموقوف والباطل كما فى القهستانى وفيه اشارة
الى انه لاينعقد بالوكيل من الجانبين الا فى الاب فانه يتولى الطرفين فى مال الصغير وفى الخانية الواحد لايتولى العقد من
الجانبين الا فى مسائل منها الاب اذا اشترى مال ولده الصغير لنفسه او باع ماله من ولده فانه يكتفى بلفظ واحد وقال
خواهر زاده هذا اذا اتى بلفظ يكون اصلا فى ذلك اللفظ بان باع ماله فقال بعت هذا من ولدى فانه يكتفى بقوله
بعت اما اذا اتى بلفظ لايكون هو اصلا فى اللفظ بان اراد ان يبيع ماله من ولده فقال اشتريت هذا المال لولدى
لايكتفى بقوله اشتريت ويحتاج الى قوله بعت ومنها الوصى اذا باع ماله من اليتيم او يشترى مال اليتيم لنفسه وكان ذلك
خيرا لليتيم ومنها الوصى اذا اشترى مال اليتيم للقاضى بامر القاضى ومنها العبد يشترى لنفسه من مولاه بامره
واما القاضى فانه لايعقد لنفسه لان فعله قضاء وقضاؤه لنفسه بط فلا يملك كما لا يملك تزويج اليتيمة من نفسه (بلفظى
الماضى كبعت واشتريت) لانه انشاء والشرع قد اعتبر الاخبار انشاء فى جميع العقود فينعقد به ولان الماضى ايجاب
وقطع والمستقبل عدة او امر وتوكيل فلهذا انعقد بالماضى وفى القنية ينعقد بلفظين مستقبلين ثم قال لاينعقد
وبين التوفيق بين القولين بانه ان اراد بالمضارع الحال ينعقد وان اراد به الاستقبال والوعد لا لان المضارع
يحتمل الحال والاستقبال وفى التحفة باللفظين الماضيين ينعقد بدون النية واما بصيغة المستقبل لاالا بالنية قال
صاحب القنية وهذا الفقه وهو ان الشرع جعل الايجاب والقبول علامة الرضى والاخبار عن الحال ادل على الرضى
وقت العقد من الماضى فقول الهداية ولاينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل محله ما اذا خلا عن النية او مراده
المستقبل المصدر بالسين او سوف فانه لايحتمل غيره فلا يرد على كلام الهداية شئ كما فى المنح وفصل المولى
سعدى افندى فى هذا المحل فى حاشيته فليطالع وفى المحيط سماع المتعاقدين الايجاب والقبول شرط الانعقاد
ولو سمع اهل المجلس وقال البايع لم اسمعه ولم يكن به وقر لم يصدق (وما دل على معناهما) اى معنى الايجاب والقبول
كقول البايع اعطيت او بذلت او رضيت او جعلت لك هذا بكذا فانه فى معنى بعت والمشترى اخذت او قبلت او فعلت
او اجزت او اخذت وقد يقوم القبض مقام القبول كما لو قال بعتك هذا بدرهم فقبضه المشترى ولم يقل شيئا ينعقد البيع
كما فى الخانية (و) ينعقد ايضا (بالتعاطى) لان جوازه باعتبار الرضى وقد وجد وحقيقته وضع الثمن واخذ المثمن
عن تراض منهما فى المجلس كما قالوا وهو يفيد انه لابد من الاعطاء من الجانبين وعليه الاكثر كما ذكره الطرسوسى وافتى به
الحلوانى وفى البزازية انه المختار لكن فى التنوير ويكتفى بالاعطاء من احد الجانبين على الاصح اذا لم يصرح
مع التعاطى بعدم الرضاء وفى المنح هكذا صححه الكمال فى الفتح ونص محمد على ان بيع التعاطى يثبت بقبض احد
البدلين وهذا ينتظم المبيع والثمن وفى القاموس وغيره التعاطى التناول وهو انما يقتضى الاعطاء من جانب والاخذ
من جانب لاالاعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسى وفى الكركى وبه يفتى واكتفى الكرمانى بتسليم المبيع مع بيان
الثمن اما اذا دفع الثمن ولم يقبض فلا يجوز (فى النفيس) كالعبيد والجواهر (والخسيس) كاللحم والخبز (هو الصحيح)
احتراز عن قول الكرخى فانه قال انما ينعقد بالخسيس دون النفيس (ولو قال خذه بكذا فقال اخذت او رضيت صح)
لان قوله خذه امر بالاخذ بالبدل وهو لايكون الا بالبيع فكانه قال بعته منك به فخذه فقدر البيع اقتضاء فيثبت
باعتباره وفرق فى الولوالجية فى القبول بنعم بين ان يبدأ البايع بالايجاب والمشترى فان بدأ البايع فقال بعت عبدى
هذا بالف فقال المشترى نعم لم ينعقد لانه ليس بتحقيق وان بدأ المشترى فقال لاخر اشتريت عبدك هذا بالف
وقال الاخر نعم صح البيع لانه جواب (واذا اوجب احدهما) اى احد المتعاقدين (فللاخر ان يقبل كل المبيع
بكل الثمن فى المجلس) اى فى مجلس الايجاب اعم من ان يكون بالخطاب او بالرسول كما اذا قال لرسوله قل لفلان بعت
عبدى منه بكذا فذهب الرسول فاخبره فقال المشترى فى مجلسه ذلك اشتريت او بالكتاب لان كلا منهما سفير
فمجلسه كمجلس العقد بالخطاب فلو قال بعت منه فبلغه يافلان فبلغه هو او رجل اخر جاز بخلاف ما لم يقل بلغه
فبلغه فقبل لايجوز لان شطر العقد فى البيع لايتوقف على قبول غائب اتفاقا كما فى النكاح على الاظهر عند الطرفين
وفى الزاهدى لو قال بعنى من فلان الغائب فحضر الغائب فى المجلس فقال اشتريت صح (او يترك) كل المبيع يعنى اذا
قال البايع بعتك هذا بكذا فالاخر بالخيار ان شاء قبله وان شاء رد لانه مخير غير مخير فيختار ايهما شاء وهذا خيار القبول
فيمتد الى اخر المجلس للحاجة الى التفكر والتروى والمجلس جامع للمتفرقات فاعتبر ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر
وتحقيقا لليسر وعند الشافعى لايمتد بل هو على الفور (لا) يقبل الاخر بايعا كان او مشتريا (بعضا دون بعض) اى ليس له
ان يقبل كل المبيع ببعض الثمن او بعضه بكله او ببعضه لانه تفريق للصفقة وانه ضرر بالبايع فان من عادة التجار

ضم الردى الى الجيد فى البيع لترويج الردى فلو صح التفريق يزول الجيد عن ملكه ويبقى الردى فيتضرر بذلك وكذلك المشترى يرغب فى الجميع فاذا فرق البايع الصفقة عليه يتضرر الا ان يرضى الاخر بذلك فى المجلس بعد قبوله فى البعض ويكون المبيع بما ينقسم عليه الثمن بالاجزاء كعبد واحد ومكيلا وموزونا فاما ما لا ينقسم الا بالقيمة كثوبين او عبدين فلا يجوز وان قبل الاخر (الا اذا بين ثمن كل) مما قبل الاخر ومما ترك لان ذلك دليل على رضاه بالتفريق ولان الايجاب ح فى معنى ايجابات متعددة اما اذا كرر فى البيان لفظ البيع بان قال بعتك هذين بدرهمين بعت هذا بدرهم وبعت هذا بدرهم يجوز اتفاقا واما اذا لم يكرر بان قال بعتك هذين بدرهمين كل واحد بدرهم فيجوز عندهما خلافا للامام بناء على ان البيع يتكرر بتكرر لفظ بعت عنده وبتفصيل الثمن عندهما كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغى للمص ان يذكر الخلاف كما هو دأبه تدبر (وان رجع الموجب) سواء كان بايعا او مشتريا (اوقام احدهما) يعنى لو كانا قاعدين فقام احدهما (عن المجلس قبل القبول) ظرف لرجع وقام على سبيل التنازع (بطل الايجاب) اما الاول فلان المانع من الرجوع لزوم ابطال حق الغير وهو منتف ههنا لان الايجاب لا يفيد الحكم بدون القبول فان قيل ان كان الموجب المشترى ففى رجوعه ابطال حق البايع وهو تملكه الثمن وان كان البايع ففى رجوعه ابطال حق المشترى وهو تملكه المبيع اجيب بان الحق للموجب لانه اثبت ولاية التملك للاخر وبان حق التملك لا يعارض حقيقة الملك للبايع لكونها اقوى منه واما الثانى فلان القيام دليل الاعراض والرجوع ولهما ذلك قبل القبول فان قيل الصريح اقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغى ان لا يثبت الرجوع اجيب بان الايجاب بطل بما يدل على الاعراض فلا يؤثر التصريح بعده وفى الفتح وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما اذا تبايعا وهما يمشيان او يسيران ولو كانا على دابة واحدة فاجاب الاخر لا يصح لاختلاف المجلس فى ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوى وغيره انه اجاب على فور كلامه متصلا جاز وفى الخلاصة عن النوازل اذا اجاب بعد ما مشى خطوة او خطوتين جاز ولا شك انهما اذا كانا يمشيان متصلا لا يقع الايجاب الا فى مكان اخر بلا شبهة وقال صدر الشهيد لا يصح فى ظاهر الرواية ولو كان المخاطب فى صلاة فريضة ففرغ منها واجاب صح وكذا فى نافلة فضم الى ركعة الايجاب اخرى ثم قبل بخلاف ما لو اكملها اربعا ولو كان فى يده كوز فشرب ثم اجاب جاز وكذا لو اكل لقمة لا يتبدل المجلس الا اذا اشتغل بالاكل ولو ناما جالسين لا يختلف بخلاف ما لو ناما مضطجعين او احدهما واذا كانا قائمين واقفين فسارا او احدهما بطل الايجاب وكذا لو لم يقم ولكن يتشاغل فى المجلس بشئ غير البيع بطل الايجاب كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ان ما فى الاصلاح من قوله اوقام ايهما لم يقل عن مجلسه لان الايجاب يبطل بمجرد القيام وان لم يذهب عن المجلس لدلالته على الاعراض فيه كلام لوجود دليل الاعراض بدون القيام والمراد بذكر القيام تبدل مجلس الايجاب مطلقا تدبر وفى الجوهرة وان كان قائما فقعد ثم قبل فانه يصح لانه بالقعود لم يكن معرضا وفى القنية رجل فى البيت فقال للذى فى السطح بعته منك بكذا فقال اشتريت صح اذا كان كل واحد منهما يرى صاحبه ولا يلتبس الكلام للبعد وكذا اذا تعاقدا وبينهما النهر والسفينة كالبيت (واذا وجد الايجاب والقبول) من المتعاقدين (لزم البيع) وفيه اشارة الى ان البيع يتم بهما ولا يحتاج الى القبض ولا الى اجازة البايع بعدهما وهو الصحيح (بلا خيار مجلس) الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعى لا يلزم به بل لهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا فان التفرق عرض فيقوم بالجوهر وهو الابدان ولنا قوله عليه السلام لا اضرار فى الاسلام وفى اثبات الخيار لاحدهما اضرار للاخر فلا يثبت والخيار فيما رواه محمول على خيار القبول وتفرقهما محمول على التفرق بالاقوال بان قال احدهما بعت وقال الاخر لا اشترى لما جاء فى رواية عن النبى عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما وهذا لان الاحوال ثلثة اقسام لم يوجد فيه ركن ما وهى حالة الهيئة وقسم وجد فيه ركنان وقسم وجد فيه احدهما دون الاخر فنقول هذا الاسم وهو كونهما متبايعين قبل صدور الركنين وبعده بطريق المجاز باعتبار ما يؤول فى الاول وباعتبار ما كان فى الثانى وفيما اذا وجد احدهما دون الاخر بطريق الحقيقة فيكون مرادا او يحتمل ان يكون مرادا فيحمل عليه والفرق بينهما ان احدهما مراد والاخر محتمل للارادة وتمامه فى العناية فليطالع (ويصح البيع (فى العوض المشار اليه) مبيعا كان او ثمنا فان كلا منهما عوض عن الاخر والحكم المذكور مشترك بينهما ولذلك قال فى العوض ولم يقل فى الثمن كما فى الاصلاح وقال سعدى افندى وتقرير صدر الشريعة صريح فى ان المراد بالاعواض الاثمان فتأمل فى الترجيح (بلا معرفة قدره ووصفه) لان الاشارة اقوى اسباب التعريف وجهالة القدر والوصف معها لا تفضى الى المنازعة فلا تمنع الجواز لان العوضين حاضران والاموال الربوية مستثناة من هذا الحكم فان بيع الحنطة بجنسها مثلا لا يجوز بالاشارة لاحتمال الربو وكذا السلم فان معرفة قدر رأس المال شرط عند الامام اذا كان فيما

يتعلق العقد على مقداره كما سيأتى ان شاء الله تع (لا) يصح البيع (فى غيره) اى فى غير المشار اليه بلا معرفة قدره كعشرة ونحوها وصفته ككونه مصريا او دمشقيا لان جهالتهما تفضى الى النزاع المانع من التسليم والتسلم فيعرى العقد عن الفائدة وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا فيما يحتاج الى التسليم وفيما لا يحتاج اليه كما اذا اقر لفلان بمتاع عنده فاشتراه منه ولم يعرفا مقداره جاز كما فى الزاهدى ويصح البيع (بثمن حال ومؤجل) لاطلاق قوله تع واحل الله البيع (باجل معلوم) معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لانه لو بيع بجنسه وجمعهما قدر لم يجز تأجيله كما فى المنح قيد بمعلوم لان جهالة الاجل تفضى الى المنازعة فالبايع يطالب فى مدة قريبة والمشترى يأباها فيفسد فان اختلفا فى الاجل فالقول قول من ينفيه وكذا لو اختلفا فى قدره فالقول لمدعى الاقل والبينة بينة المشترى فى الوجهين وان اتفقا على قدره واختلفا فى مضيه فالقول للمشترى انه لم يمض والبينة بينته ايضا كما فى الجوهرة وقيد بالثمن لان المبيع اذا كان عينا لا يصح الاجل فان شرط فيه الاجل فالبيع فاسد لان التأجيل فى الاعيان لا يصح وفى المنح لو باع مؤجلا انصرف الى شهر لانه المعهود فى الشرع فى السلم واليمين فى ليقضين دينه اجلا وفى شرح المجمع لو مات البايع لا يبطل الاجل ولو مات المشترى حل المال فان فائدة التأجيل ان يتجر فيودى الثمن من نماء المال فاذا مات من له الاجل تعين المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل (ولو اشترى باجل سنة) غير معينة (فمنع البايع المبيع) ولم يسلمه (حتى مضت) السنة (ثم سلم) المبيع (فله) اى فللمشترى (اجل سنة اخرى) عند الامام لان التأجيل للتصرف فى المبيع وايفاء الثمن بواسطته وكان الى سنة مجهولا على سنة مبدأها قبض المبيع عرفا محصلا لفائدة التأجيل (خلافا لهما) فان عندهما لا اجل له بعد سنة لانه اجله سنة وقد مضت فصار كما لو قال الى رمضان وفى البحر عليه الف ثمن جعله الطالب نجوما ان اجل بنجم حل الباقى فالامر كما شرطا (وان اطلق الثمن) والمراد من الاطلاق ان يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد ان سمى قدره بان قال بعته بعشرة دراهم مثلا (فان استوت مالية النقود) بان لا يكون بعضها افضل من بعض مع تفاوت انواعها (ورواجها صح) البيع (ولزم ما قدر) من عشرة وغيره (من اى نوع كان) اى من الاحادى او الثنائى او الثلاثى لان الواحد من النوع الاول والاثنين من الثانى والثلث من الثالث متساويات فى المالية والرواج فالمشترى يعطى اى نوع يريد اذ لا نزاع عند عدم تفاوت المالية وهو المانع فى الجواز (وان اختلفت رواجا فمن الاروج) اى اروج النقود فى البلد اذ المتعارف بين الناس المعاملة بالنقد الغالب فالتعيين بالعرف كالتعيين بالنص فيعتبر مكان العقد فلو باع شيئا من رجل بصرة بكذا من الدنانير فلم ينقد الثمن حتى وجد المشترى ببخارى يجب عليه الثمن بعيار بصرة كما فى الخزانة (وان استوى رواجها لا ماليتها) بان يكون بعضها افضل من بعض (فسد) البيع للجهالة المفضية الى النزاع (ما لم يبين) انه من اى نوع فاذا بين تندفع الجهالة المانعة من التسليم فيصح فالحاصل المسئلة رباعية لانها اما ان تستوى فى الرواج والمالية معا او تختلف فيهما او تستوى فى احدهما والفساد فى صورة واحدة وهى الاستواء فى الرواج والاختلاف فى المالية والصحة فى ثلث صور فيما اذا كانت فى الرواج والمالية مختلفة فينصرف الى الاروج وفيما اذا كانت مختلفة فى الرواج مستوية فى المالية فينصرف الى الاروج ايضا وفيما اذا استوت فيهما وانما الاختلاف فى الاسم كالمصرى والدمشقى فيخير المشترى فى دفع ايهما شاء كما فى المنح (ويصح) البيع (فى الطعام) وهو الحنطة ودقيقها وكذا سائر الحبوب كالعدس والحمص وغيرهما وقال بعض المشايخ ما يقع فى العرف على ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه قال صدر الشهيد وعليه الفتوى (وكل مكيل وموزون كيلا) فى الكيلى (ووزنا) فى الوزنى وما ورد الشرع بكيله فهو كيلى ابدا وما ورد بوزنه فهو وزنى ابدا وما لم يرد فيه شئ يعتبر فيه العرف (وكذا) يصح بيع الكيلى والوزنى (جزافا) وهو البيع بالحدس والظن بلا كيل ولا وزن (ان بيع بغير جنسه) لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا بيع بجنسه مجازفة فانه لا يصح لاحتمال الربوا الا اذا كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع لعدم المعيار الشرعى وهو نصف الصاع (و) يصح بيع الكيلى (باناء) معين (او) بيع الوزنى بوزن (حجر معين) كل منهما (لا يدرى قدره) اذا لم يحتمل الاناء النقصان والحجر التفتت كان يكون من خشب او حديد فان احتملهما لم يجز وكذا اذا باعه بوزن شئ يخف اذا جف كالخيار والبطيخ لان الجهالة لا تفضى الى المنازعة لان البيع يوجب التسليم فى الحال وهلاكه قبل التسليم نادر وبه اندفع ما رواه حسن من عدم الجواز للجهالة كما فى المنح وغيره لكن التعليل يقتضى البيع حالا فلا يتصور التفتت فى الجفاف فى الحال فينبغى ان يجوز مطلقا سواء احتمل التفتت والجفاف اولا الا فى السلم لان التسليم فيه متأخر الى حلول الاجل فيحتملهما فيحتاج الى ان يحمل عليه تأمل وفى التبيين هذا اذا كان الاناء لا ينكبس بالكبس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف واما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا فى قرب الماء استحسانا

بالتعامل فيه روى ذلك عن ابى يوسف (ومن باع صبرة) وهى بالضم ماجمع من الطعام (كل صاع) بدل من صبرة (بدرهم فقد صح فى صاع) واحد (فقط) عند الامام لان ماسماه وهو الصاع الواحد معلوم القدر والثمن فيجوز البيع فيه وماوراءه مجهول القدر والثمن فلايجوز فيه (الا ان يسمى جملتها) اى جملة صيعانها فى العقد بان قال بعتك هذه الصبرة على انها مائة صاع بمائة درهم فيصح فى جملتها لارتفاع الجهالة (وللمشترى الفسخ بالخيار وان) وصلية (كيل) مجهول كيل (اوسمى) مجهول سمى (جملتها) اى جملة الصيعان (فى المجلس بعد ذلك) اى بعد البيع ظرف لكيل وسمى على طريق التنازع وفى اطلاقه يشعر بان الخيار ثابت له مطلقا اما فى كيلها اوتسميتها فى المجلس فلان الثمن كان مجهول المقدار فى ابتداء بيع الصبرة وكان يحتمل ان يكون الثمن فى ظنه اقل من الذى ظهر فلما انكشف الحال بكيلها اوتسميتها ثبت له الخيار واما عدم كيلها وعدم تسميتها فلان الصفقة تفرقت على المشترى لانه اشترى صبرة وانعقد البيع فى قفيز كما فى شرح المجمع (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم لايصح) البيع (فى شئ منها) اى من القطيع عند الامام لانه ينصرف الى الواحد والواحدة منها متفاوتة فلايصح البيع فى واحد منها بخلاف مسئلة الصبرة (وكذا) لايصح البيع (لو باع ثوبا كل ذراع بدرهم) عند الامام لما مر اطلق الثوب تبعا لما فى اكثر المتون وقيده العتابى بثوب يضره التبعيض اما فى الكرباس فينبغى ان يجوز عنده فى ذراع واحد كما فى الطعام لان التبعيض لايضره كما فى الغاية لكن الحكمة تراعى فى الجنس لافى كل فرد فاذا وجد التفاوت فى جنس الثوب اعتبر الحكم فى الكل تدبر وفى المنح نقلا عن القنية اشترى ذراعا من خشبة اوثوب من جانب معلوم لايجوز ولو قطعه وسلمه لم يجز ايضا الاان يقبل وعن ابى يوسف جوازه وعن محمد فساده ولكن لو قطع وسلم فليس للمشترى الامتناع وعلى هذا لو باع غصنا من شجرة من موضع معلوم حتى لو اشترى الاوراق باغصانها فكان موضع قطعها معلوما ومضى وقتها فليس للمشترى ان يسترد الثمن (وكذا) لايصح (كل معدود متفاوت) كالبقر والابل والعبيد والبطيخ والرمان والسفرجل لماذكرنا بخلاف المتقارب كالجوز لعدم التفاوت (وعندهما) والائمة الثلثة (يصح فى الكل) اى فى كل المبيع (فى جميع ذلك) المذكور من الصبرة والقطيع والثوب والمعدود المتفاوت لان زوال الجهالة بيدهما فلا تفضى الى المنازعة لانها تزول بالكيل والعد والذرع ومثل ذلك لايعد مانعا ولان قيام طريق المعرفة كقيام حقيقة المعرفة فى حق جواز البيع كما لو باع عبدا بوزن هذا الحجر ذهبا او بهذه الدراهم ولايعلم وزنها واعلم ان المص رجح قول الامام لانه قدمه كما هو دأبه لكن ظاهر مافى الهداية ترجيح قولهما لتأخير دليلهما كما هو عادته وصرح فى الخلاصة والزاهدى وغيرهما بان الفتوى على قولهما تيسيرا على الناس قال فى البحر وقد وضعت ضابطا فقهيا لم اسبق اليه لكلمة كل بعد تصريحهم بانها لاستغراق افراد مادخلته فى المنكر واجزائه فى المعرف وهو ان الافراد ان كانت مما لايعلم نهايتها فان لم تفض الجهالة الى المنازعة فانها تكون على اصلها من الاستغراق كمسئلة التعليق والامر بالدفع عنه والافان كان لايمكن معرفتها فى المجلس فهى على الواحد اتفاقا كالاجارة والاقرار والكفالة والافان كانت الافراد متفاوتة لم يصح فى شئ عنده كبيع قطيع كل شاة بكذا وصح فى الكل عندهما كالصبرة والاصح البيع فى واحد عنده كالصبرة انتهى (وان باع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم) فكيلت (فوجدت اقل) من المائة عشرة مثلا (او اكثر) من المائة فخير ان شاء (اخذ المشترى الاقل) اى التسعين (بحصته) بالكسر اى بنصيبه من المائة واسقط ثمن ماعدم لعدم ضرره من النقصان (او فسخ) البيع ان شاء بالاجماع لعدم رضائه بالاقل (والزائد للبائع) اجماعا لانه فى الكمية المنفصلة قدر واصل فلايكون للمشترى لان البيع وقع على قدر معين فلايستحق الزيادة بل القدر المعين ومن هنا ظهر انه ان وجد مائة قفيز يجوز البيع فى الكل بلاخيار لواحد منهما اجماعا وفيه اشارة الى ان التخيير فيما اذا لم يقبض شيئا منه فلو قبض كان بمنزلة الاستحقاق بلاخيار له كما فى الخانية (وفى المذروع) يعنى لو اشترى ثوبا على انه مائة ذراع بمائة درهم فوجد اقل فخير المشترى ان شاء (يأخذ الاقل بكل الثمن) اى بمجموعه لان الاخذ باعطاء جميع الثمن نافع للبائع لاخذه الثمن بلا نقصان مع عدم المنع من جانب الشرع لان الذرع وصف فى المذروع لكونه عبارة عن الطول ففواته لايوجب سقوط شئ من الثمن المعين (او يفسخ) اى ان شاء يفسخ لعدم انعقاد البيع حقيقة اذا لم يوجد المبيع المعين فيكون اخذه بكل الثمن على وجه التعاطى (والزائد له) اى للمشترى بالثمن بلا زيادة قضاء وليس له ديانة كما فى القهستانى (بلا خيار للبائع) لانه وجد المبيع مع زيادة وهى فى الكمية المتصلة صفة وتبع فلايقابله شئ من الثمن كما لو باعه على انه معيب فوجده سليما فالبائع لايخير بل يجبر على التسليم وحاصله ان القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن قدر واصل فالمكيل والموزون لايتعيبان بالتبعيض ومن حيث الذرع وصف وتبع فالمذروع يتعيب به وفى العناية تفصيل فليراجع (وان سمى

(لكل ذراع قسطا) من الثمن بان قال بعتك هذا الثوب على انه مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجده المشترى اقل من القدر المسمى ان شاء (اخذ الاقل بحصته) اى بحصة الاقل من الثمن لابكل الثمن لان الذراع هنا اصل مقصود بقوله كل ذراع بدرهم ونزل كله منزلة ثوب على حدة وان شاء يتركه لان المبيع اذا لم يوجد تاما لايوجد العقد حقيقة فيكون اخذه على وجه التعاطى (وكذا الزائد) اى لو وجد المشترى اكثر من القدر المسمى خير بين ان يأخذ الزيادة بحساب كل ذراع بدرهم لان البائع عنى بقوله كل ذراع بدرهم ان كل واحد من الذرعان المسماة بدرهم واحد الى نهايته فلابد من رعاية هذا المعنى وبين ان يفسخ دفعا للضرر اللازم الزائد وعن هذا قال (وله) اى للمشترى (الخيار فى الوجهين) اى فى النقصان والزيادة وفيه اشارة بان ثبوت الخيار فيهما يدل على بقاء العقد الاول فيهما الا فى قول للشافعى بطل البيع وفى العناية كلام فليطالع (وصح بيع عشرة اسهم) اواقل او اكثر (من مائة سهم من دار) اوغيرها بالاتفاق لان العشرة منها اسم لجزء شايع والسهم ايضا اسم لشايع لالموضع معين وبيع الشايع جائز فيصير من له عشرة اسهم شريكا لمن له تسعون سهما فلايؤدى الى المنازعة (لا) يصح (بيع عشرة اذرع من مائة ذراع منها) من الدار عند الامام لان المبيع معين قدرا ومجهول محلا لتفاوت جوانب الدار فى القيمة فصار كبيع بيت من بيوت الدار بغير تعين وذكر الخصاف ان الفساد عنده اذا لم يعلم جملة الذرعان واما اذا علم جملتها فيجوز عنده والصحيح انه لايجوز عنده مطلقا (وعندهما يصح) البيع (فيهما) اى فى الاسهم والاذرع اذا كانت الدار مائة ذراع لان عشرة اذرع من مائة ذراع عشرها كعشرة اسهم من مائة اسهم فتخصيص الجواز باحدهما تحكم (ولو باع عدلا) عدل الشئ بكسر العين مثله من جنسه فى مقداره ومنه عدل الجمل (على انه عشرة اثواب) بعشر دراهم اواقل او اكثر (فاذا هو اقل) من المسمى (او اكثر) من المسمى (فسد البيع) فى الصورتين لعدم العلم بثمن المعدوم المتفاوت فى الاقل فيؤدى الى النزاع وجهالة المبيع فى الاكثر لان مازاد غير معلوم فيما بين الجملة فلايمكن الرد لوقوع المنازعة والتعارض فيما بينهما فيفسد وفى البحر ولو اشترى ارضا على ان فيها كذا نخلا مثمرا فوجد فيها نخلة لاتثمر فسد وفى التنوير لو باع عدلا او غنما واستثنى واحدا بغير عينه فانه فاسد ولو بعينه جاز البيع (ولو فصل الثمن) بان قال بعتك هذا العدل على انه عشرة اثواب كل ثوب بدرهم (فكذا) يفسد البيع (فى الاكثر) اى فيما اذا كان احد عشر مثلا لان العقد يتناول العشرة فعلى المشترى رد الثوب الزائد وهو مجهول لاحتمال كونه جيدا اورديا ولجهالته يصير المبيع ايضا مجهولا فيفسد (ويصح) البيع (فى الاقل بحصته) يعنى اذا كان تسعة مثلا لان حصة المعدوم معلومة وهو درهم لكل ثوب فتكون حصة الباقى معلومة ايضا (ويخير المشترى) ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه (وان باع ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه) اى الثوب (المشترى بعشرة) دراهم (لو) كان الثوب (عشرة ونصفا بلاخيار) لحصول النفع الخالص (و) يأخذ الثوب المشترى (بتسعة) دراهم (لو) كان الثوب (تسعة ونصفا بخيار) لفوات الوصف المرغوب فيه وهذا عند الامام لان الذرع وصف فى الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وعند ابى يوسف يخير المشترى فى اخذه باحد عشر فى الاول) اى فيما اذا وجده عشرة ونصفا (و) يخير المشترى باخذ (بعشرة فى الثانى) اى فيما اذا وجده تسعة ونصفا لانه لما افرد كل ذراع ببدله نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص (وعند محمد يخير فى اخذه فى الاول) اى فيما وجده عشرة ونصفا (بعشرة ونصف وفى الثانى) اى فيما وجده تسعة ونصفا (بتسعة ونصف) لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدراهم مقابلة نصفه بنصفه قيل هذا فى ثوب يضره القطع واما الكرباس الذى لايضره القطع ولايتفاوت جوانبه فلايطيب للمشترى مازاد على المشروط * فصل (* فيما يدخل فى البيع تبعا بغير تسمية وما لايدخل والاصل ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا فصل
اوكان متصلا بالمبيع اتصال قرار اوكان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل فى البيع بلاذكر صريح ونعنى بالقرار الحال الثانى على معنى ان ماوضع لان يفصله البشر بالاخرة ليس باتصال قرار وماوضع لالان يفصله منه فهو اتصال قرار ثم فرع على هذا الاصل فقال (يدخل البناء والمفاتيح فى بيع الدار بلاذكر) لان البناء متصل بالارض اتصال قرار فيدخل فى البيع تبعا وكذا مفتاح غلق متصل بباب الدار بخلاف المنفصل وهو القفل فانه ومفتاحه لايدخلان والبناء فى الاصل بمعنى المبنى ويدخل فيه الباب والسلم ولو من خشب ان كان متصلا به بخلاف المنفصل والسرير كالسلم وفى التبيين ينبغى ان يدخل السلم مطلقا فى عرف اهل مصر لان بيوتهم طبقات لاينتفع بها بدونه وفى المنح ويدخل الحجر الاسفل من الرحى وكذا الاعلى استحسانا اذا كانت مركبة فى الدار لا المنقولة وفى الخانية لو اشترى بيت الرحى بكل حق هو له او بكل قليل او كثير هو فيه ذكر محمد فى الشروط ان له الاعلى والاسفل وكذا لو كان فيه قدر نحاس موصولا

بالارض وقيل الاعلى لايدخل ويدخل الاشجار فى صحنها والبستان فيها صغيرا او كبيرا وان كان خارج الدار لايدخل
وان كان له باب فى الدار وقيل ان كان اصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وان اكبرا ومثلها لا وكذا تدخل البئر الكائنة
فى الدار والبكرة على البئر ولايدخل الدلو والحبل المعلقات عليها الا اذا قال بمرافقها وفى التبيين وثياب الغلام والجارية
يدخل فى البيع الا ان يكون ثيابا عالية اذ العرف جار على ثياب البذلة ثم البايع بالخيار ان شاء اعطى الذى عليه وان شاء
اعطى غيره وخطام البعير والحبل المشدود فى عنق الحمار والعذار والبردعة والاكاف يدخل للعرف بخلاف سرج
الدابة ولجامها والحبل المشدود على قرن البقر والجل وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان والعجول والحمل
ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا (وكذا) يدخل (الشجر فى بيع الارض) بلا ذكر مثمرة
كانت الاشجار او لا على الاصح اذا كانت موضوعة فى الارض للقرار فتدخل تبعا صغيرة كانت او كبيرة الا اليابسة
فانها على شرف القلع فهى كالخطب الموضوع وقيدنا بكونها موضوعة فى الارض لانه لو كانت فيها اشجار صغار
تحول فى فصل الربيع وتباع فانها ان كانت تقلع من اصلها تدخل فى البيع وتكون للمشترى وان كانت تقطع من وجه
الارض فهى للبايع الا بالشرط وفى البحر باع ارضا فيها قطن لم يدخل الثمر واما اصله فمنهم من قال لايدخل
على الصحيح واما الكراث وما كان مثله فما كان على ظاهر الارض لايدخل وما كان مغيبا فى الارض من اصوله
اختلفوا فيه والصحيح انه يدخل وفى الكركى والاصل ان ما كان لقطعه مدة معلومة فهو كالثمر فلا يدخل وما ليس
لقطعه مدة معلومة يدخل كالشجر وشجرة الخلاف للمشترى وكذا كل ما كان له ساق ولا يقطع اصله حتى كان
شجرا واصل الآس والزعفران للبايع والقصب فى الارض كالثمر واما عروقها فتدخل فى البيع وقوائم الخلاف
والباذنجان تدخل فى البيع ذكره السرخسى والامام الفضلى جعل قوائم الخلاف كالثمر بلغ او لا انقطع او لا وبه يفتى
(ولو اطلق شراء شجرة) اى لم يعين ان شراءها للقطع او للقرار (دخل مكانها) اى مكان الشجرة من الارض بمقدار
غلظها فى البيع (عند محمد وهو المختار) لتضمنه القرار اذ الشجر اسم للمستقر على الارض ولا قرار بدونها فيتقدر
بقدرها كما لو اقر بالشجرة لفلان يدخل ارضها وكما لو اقتسمها وقيل يتقدر بقدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال
وقيل بقدر عروقها العظام هذا اذا لم يعين قدرا فان عين يدخل المعين (خلافا لابى يوسف) فانه قال دخل عينها لا
غير كما فى الشراء للقطع اذ الارض اصل والشجر تبع فلو دخل الارض يصير الاصل تبعا قيد بالاطلاق لانه لو اشتراها
للقطع لاتدخل الارض اتفاقا وان اشتراها للقرار دخلت ما تحت الشجرة من الارض بقدر غلظها دون ما ينتهى
اليه العروق اتفاقا (ولايدخل الزرع فى بيع الارض) بلا ذكر بالاجماع لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع
فى البيت (ولا) يدخل (الثمر فى بيع الشجر الا باشتراطه) اى باشتراط المشترى دخول الزرع فى بيع الارض
ودخول الثمر فى بيع الشجر لقوله عليه السلام من باع نخلا وشجرا فيه ثمر فثمرته للبايع الا ان يشترط المبتاع اى يقول
المشترى اشتريت مع زرعه او مع ثمره فيدخل والا فلا مطلقا وعند الائمة الثلثة لو كانت مؤبدة تدخل والا لا (وان)
وصلية (ذكر الحقوق والمرافق) لانهما ترجع الى مثل المسيل والشرب والطريق لا الى الزرع والثمر فلو قال بعتكها
بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او من مرافقها لايدخل وان لم يقل من حقوقها ومرافقها دخل اتفاقا
لانه ح يكون من المبيع بخلاف الثمر المجذوذ او الزرع المحصود حيث لايدخل الا بالتنصيص عليه (ويقال للبايع)
على تقدير عدم الدخول (اقلعه) اى الزرع (واقطعها) اى الثمر وتأنيث الضمير لما ان الاسم الذى يفرق بينه
وبين واحده بالتاء يذكر ويؤنث (وسلم المبيع) فان التسليم لازم عليه وذلك لايكون الا بالتخلية وعند الائمة الثلثة
للبايع تركها حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع (وكذا لايدخل) فى بيع الارض (حب بذر) ماض مجهول
صفة حب (ولم ينبت بعد) او نبت وصار له قيمة ونعرف قيمته بتقوم الارض مبذورة وغيرها فان كانت قيمتها
مبذورة اكثر علم انه صار متقوما (وان نبت) البذر (ولم يصر له قيمة) بعد (دخل) فى البيع (وقيل لا) يدخل وصرح
فى التجنيس بان الصواب الدخول كما نص عليه القدورى والاسبيجابى وفصل فى الذخيرة فى غير النابت بين ما اذا
لم يعفن او لا فان عفن فهو للمشترى لان العفن لايجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من اجزاء الارض وفى البحر وصحح
فى السراج عدم الدخول الا بالذكر وصحح فى المحيط دخول الزرع قبل النبات فالحاصل ان المصحح عدم الدخول ولو
لم يكن له قيمة الا قبل النبات فالصواب دخول ما لا قيمة له فاختلف الترجيح فيما لا قيمة له وعلى هذا الخلاف الثمر الذى
لا قيمة له (ومن باع ثمرة بدا صلاحها او لم يبد) من البدو بالضمتين والتشديد الظهور (صح) لانه مال متقوم اما لكونه
منتفعا به فى الحال او فى المآل وقيل لايجوز قبل بدو الصلاح وهو قول الائمة الثلثة وانما قيد ببدو صلاحها لان بيعها
قبل البدو لايصح اتفاقا وقبل بدو الصلاح بشرط القطع فى المنتفع به صحيح اتفاقا وبعد ما تناهت صحيح اتفاقا

اذا اطلق واما بشرط الترك ففيه اختلاف سيأتى فصار محل الخلاف البيع بعد الظهور وقبل بدو الصلاح مطلقا
اى بلا شرط القطع ولا بشرط الترك فعند الائمة الثلثة لايجوز وعندنا يجوز ولكن اختلفوا فيما اذا كان غير
منتفع به الآن اكلا او علفا للدواب فقيل بعدم الجواز ونسبه قاضيخان لعامة مشايخنا والصحيح الجواز كما فى البحر
وفى الفتح والحيلة فى جوازه باتفاق المشايخ ان يبيع الكمثرى اول ما يخرج مع الاوراق فيجوز فيها تبعا للاوراق كانه ورق
كله وان كان ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق اهل المذهب اذا باع بشرط القطع او مطلقا وفى الشمنى
وانما الخلاف فى تفسير بدو صلاحها فعندنا على ما فى المبسوط هو ان يأمن العاهة والفساد وعلى ما فى الخلاصة
عن التجريد ان يكون منتفعا به وعند الشافعى هو ظهور النضج ومبادى الحلاوة (ويقطعها المشترى للحال)
تفريغا لملك البايع واجرة القلع على المشترى (وان شرط تركها) اى الثمرة (على الشجر) حتى تدرك (فسد) البيع
لانه شرط لايقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او لانه صفقة فى صفقة لانه اجارة فى بيع ان كان للمنفعة حصة من الثمن
او اعارة فى بيع ان لم يكن لها حصة من الثمن كما فى اكثر المعتبرات قال فى البحر وتعقبهم فى الغاية بانكم قلتم ان كلا
من الاجارة والاعارة غير صحيح فكيف يقال انه صفقة فى صفقة وجوابه انه صفقة فاسدة فى صفقة صحيحة ففسدتا
جميعا انتهى هذا مسلم ان كانت الاجارة فاسدة وان باطلة فلا لما سيأتى ان اجارة النخيل باطلة والباطل عبارة
عن المعدوم المضمحل والمعدوم لايصلح متضمنا فيلزم فى هذه الصورة ان لاتوجد صفقة فى صفقة فلا يندفع الاشكال
تأمل (ولو) وصلية اى ولو كان (بعد تناهى عظمها) عند الشيخين وهو القياس لان ما زاد وحدث من الترك
فى ملك البايع مضموم عند البيع وهو مجهول (خلافا لمحمد) فانه قال لايفسد فى المتناهية استحسانا لانه شرط
متعارف وهو قول الائمة الثلثة وفى البحر نقلا عن الاسرار الفتوى على قول محمد وبه اخذ الطحاوى وفى المنتقى
ضم اليه ابا يوسف وفى التحفة والصحيح قولهما لان التعامل لم يكن بشرط الترك وانما كان بالاذن بالترك من غير شرط
(وكذا) يفسد (شراء الزرع) بشرط الترك لما قررنا وان تركها اى الثمرة الغير المتناهية على الشجر (باذن البايع
بلا اشتراط) تركها حالة العقد (طاب له) اى للمشترى (الزيادة) الحاصلة فى ذات الثمرة بالترك لانه حصل بطريق مباح
(وان) تركها اى الثمرة (بغير اذنه) اى البايع (تصدق بما زاد فى ذاتها) لحصوله بطريق محظور ويعرف
مقدار الزائد بالتقويم يوم البيع ويوم الادراك وما تفاوت بينهما يكون زائدا (وان) تركها اى الثمرة
(بعد ما تناهت) بغير اذنه الى ان تدرك (لايتصدق) المشترى (بشئ) لان الثمرة اذا صارت بهذه المثابة
لايتحقق زيادة فيها وانما هو تغير وصف وهو من اثر الشمس والقمر والكواكب (وان استأجر) المشترى (الشجر
بطلت الاجارة) اى لو اشتراها مطلقا عن الترك والقطع ثم استأجر الشجر (الى وقت ادراك الثمر بطلت الاجارة
وطابت الزيادة) لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الاذن معتبرا فتطيب (وان استأجر) المشترى (الارض
لترك الزرع) الى ان يستحصد (فسدت) الاجارة لجهالة المدة فقد يتقدم الادراك اذا تعجل الحر وقد يتأخر اذا طال
البرد (ولا تطيب الزيادة) الحاصلة فيها للخبث والحاصل ان الاذن فى الاجارة الباطلة صار اصلا اذ الباطل عبارة عن
المعدوم المضمحل والمعدوم لايصلح متضمنا فصار الاذن مقصودا ولا كذلك فى الفاسد لان الفاسد ما كان موجودا
باصله فائتا بوصفه فامكن جعله متضمنا للاذن وفساد المتضمن يقتضى فساد ما فى الضمن فيفسد الاذن فيتمكن الخبث
وفى العناية كلام فليطالع (ولو اثمرت) الشجرة (ثمرا اخر) بعد شراء الموجود (قبل القبض) بتخلية البايع بين
المشترى وبين الثمرة (فسد البيع) ان لم يحلل له البايع لتعذر التسليم بسبب الاختلاط وعدم التميز هذا اذا لم يعرف
الحادث بالموجود فان عرف فالعقد صحيح على حاله وكذا اذا حلل له البايع كما فى الكافى (ولو) اثمرت الشجرة ثمرا اخر
(بعد القبض) اى بعد قبض المشترى المبيع بالتخلية فلا يفسد بالاختلاط ولكنهما (يشتركان) فيه لاختلاط ملك
احدهما بالاخر (والقول فى قدر الحادث للمشترى) مع يمينه لكونه فى يده وفى التبيين وكذا فى الباذنجان والبطيخ
وحاصله ان لهذه المسئلة ثلث صور احديها اذا خرج الثمار كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه ما مضى وثانيها
ان لايخرج شئ منه فانه لايجوز بيعه اتفاقا وثالثها ان يخرج بعضها دون بعض فانه لايجوز فى ظاهر المذهب
وقيل يجوز اذا كان الخارج اكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة وكان شمس الائمة
الحلوانى وابو بكر بن الفضل يفتيان به وقال شمس الائمة السرخسى والاصح انه لايجوز وفى البحر وهو ظاهر المذهب
لكن فى الفتح فان الناس تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفى نزع الناس عن عادتهم
حرج وقد رأيت فى هذا رواية عن محمد وهو فى بيع الورد على الاشجار فان الورد لايخرج جملة ولكن يتلاحق
البعض البعض ثم جوز البيع فى الكل بهذا الطريق وهو قول مالك والمخلص ان يشترى اصول الباذنجان والبطيخ

وارطابة ليكون ما يحدث على ملكه وفى الزرع والحشيش يشترى الموجود ببعض الثمن و يستأجر مدة معلومة يعلم
غاية الادراك وانقضاء الغرس فيها باقى الثمر وفى ثمار الاشجار يشترى الموجود و يحل له البايع ما يوجد فان خاف
ان يرجع يفعل كما قال ابو الليث فى الاذن فى ترك الثمر على الشجر على انه متى رجع عن الاذن كان مأذونا فى الترك
باذن جديد فيحل له على مثل هذا الشرط انتهى (ولو باع ثمرة) على شجرة (واستثنى منها) اى من الثمرة المبيعة
المجذوذة اوغيرها (ارطالا معلومة صح) اى البيع والاستثناء فى ظاهر الرواية وهو مذهب مالك لان المستثنى
معلوم بالعبارة والمبيع معلوم بالاشارة و جهالة قدره لا يمنع الجواز الاترى ان بيعه مجازفة جائز والاصل ان ما جاز
بيعه ابتداء يجوز استثناؤه كبيع صبرة الاقفيزا اوقفيز من صبرة بخلاف الحمل واطراف الحيوان حيث لا يجوز استثناؤه
لانه لا يجوز بيعه ابتداء (وقيل لا) يصح وهو رواية الحسن والطحاوى وهو قول الشافعى واحمد لجهالة الباقى
وهو اقيس بمذهب الامام فى مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه افسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد
وهو لازم فى استثناء ارطال معلومة على الاشجار وان لم يفض الى المنازعة فالحاصل ان كل جهالة تفضى الى المنازعة
مبطلة فليس يلزم ان ما لا يفضى اليها يصح معها بل لا بد من عدم الافضاء اليها فى الصحة من كون المبيع على حدود
الشرع الاترى ان المتبايعين قد تراضيا على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع باجل مجهول ولا يعتبر ذلك مصححا
كما فى الفتح وفى المنح وقد يفهم من كلام الزيلعى ان رواية عدم الجواز هى رواية الحسن وحده وليس كذلك
بل هى رواية ابى يوسف ايضا عن الامام وتمامه فيه فليطالع ثم محل الاختلاف ما اذا استثنى معينا فان استثنى جزأ
كربع وثلث فانه صحيح اتفاقا وكذا لو كان الثمر مجذوذا واستثنى منه ارطالا جاز وقيد بالارطال لانه لو استثنى رطلا
واحدا جاز اتفاقا لانه استثناء القليل من الكثير بخلاف الارطال لجوز ان لا يكون ذلك فيكون استثناء الكل
من الكل (ويجوز) بيع (البر) والشعير والعدس حال كونه (فى سنبله ان بيع بغير جنسه) وان بيع بجنسه لا يجوز
لشبهة الربوا (وكذا) يجوز بيع (الباقلاء) هو بالقصر والتشديد او بالمد والتخفيف الحب المعروف (فى قشره
والارز والسمسم وكذا) يجوز بيع (اللوز والفستق) بضم الفاء والتاء وسكون السين (والجوز فى قشرها الاول)
قيد للجميع وانما قيد بالاول وهو الاعلى تنصيصا على موضع الخلاف فان الشافعى لا يجوز بيع ذلك كله وله فى بيع
السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله وعلى البايع تخليصها وتسليمها الى المشترى هو المختار وفى الكافى وغيره
وللشافعى ان البيع مستور بشئ لا منفعة له وصار كتراب الصاغة اى كبيع تراب الفضة بتراب الفضة او بالفضة
ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض و يأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية
بخلاف ما قبلها فظاهره يقتضى الجواز بعد وجود الغاية وعنده لا يجوز حتى يخرج من قشره الاول انتهى
لكن الاستدلال بمفهوم الغاية لا يجوز عندنا الا ان يقال انه مبنى على الزام الشافعى بمذهبه فى المفهوم وان لم
يكن معتبرا عندنا فيكون جوابا الزاميا على مذهبه ويسمى جدلا فعلى هذا يندفع به اعتراض صاحب العناية
فلا يلزم عليهما ما قال صاحب الدرر تأمل (واجرة الكيل) فى مثل البر للكيال (وعد المبيع) اى اجرة العد
فى مثل الغنم للعداد (ووزنه) اى اجرة الوزن فى مثل العسل للوزان (وزرعه) اى اجرة الزرع فى مثل الارض
للزراع (على البايع) فيما بيع بشرط الكيل والعد والوزن والزرع لانه من تمام التسليم وتسليم المبيع عليه
وكذا ما كان من تمامه قيد بالكيل لان صب الحنطة فى الوعاء على المشترى وكذا اخراج الطعام من السفينة وكذا
قطع العنب المشترى جزافا عليه وكذا كل شئ باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر اذا خلى بينها و بين المشترى وكذا
قطع الثمر اذا خلى بينها و بين المشترى كما فى البحر وغيره لكن فى الفتح وصبها فى وعاء المشترى على البايع ايضا
هو المختار (واجرة نقد الثمن) اى تمييز جيده عن رديه (ووزنه على المشترى) لانه يحتاج فى تسليم الثمن الى تعيين
قدره وصفته فتكون مؤنته عليه وكذا مؤنة الجيد عن غيره هو الصحيح كما فى الخلاصة وهو ظاهر الرواية كما فى الخانية
و به يفتى كما فى الزاهدى وغيره الا اذا قبض البايع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة فانه على البايع واما اجرة نقد الدين فانه
على المديون الا اذا قبض رب الدين الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين كما فى البحر (وفى بيع سلعة بثمن)
اى بدراهم ودنانير (سلم هو اولا) اى سلم الثمن قبل المبيع اذا وقع المنازعة بينهما فى تسليم المبيع والثمن قيل للمشترى
ادفع الثمن اولا لان حق المشترى تعين فى المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البايع بالقبض لما انه يتعين بالتعيين
تحقيقا للمساواة فى تعيين حق كل واحد منهما خلافا للشافعى فى قول هذا اذا كان المبيع حاضرا وان غائبا فلا يسلم
حتى يحضر البايع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن وفى البزازية باع بشرط ان يدفع المبيع قبل نقد الثمن فسد البيع
لانه لا يقتضيه العقد وقال محمد لا يصح لجهالة الاجل (ان لم يكن) البيع (مؤجلا) فانه لو كان مؤجلا لا يمكن التسليم

اولا بل يجب تسليم المبيع وان اسقط البايع حقه بالتأجيل فلا يسقط حق المشترى فى قبض المبيع (وفى بيع سلعة
بسلعة) هذا بيع المقايضة على ما مر (اوثمن بثمن) ويسمى هذا بيع الصرف (سلما معا) تسوية بينهما فى العينية والدينية
فلا ضرورة فى تقديم احدهما بالدفع لكن لا بد من معرفة التسليم والتسليم الموجب للبراءة وفى التجريد تسليم المبيع
ان يخلى بينه و بين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفى الاجناس يعتبر فى صحة التسليم
ثلثة معان ان يقول خليت بينك و بين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشترى على صفة يتأتى فيه النقل من غير
مانع وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن الوبرى المتاع لغير البايع لا يمنع فلو اذن له بقبض المتاع والبيت صح
وصار المتاع وديعة عنده وكان الامام يقول القبض ان يقول خليت بينك و بين المبيع فاقبضه و يقول المشترى وهو
عند البايع قبضته فلو اخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة او بعيرا وان كان غلاما او جارية فقال المشترى
تعال معى او امش فخطى معه فهو قبض وكذا لو ارسله فى حاجته وفى الثوب ان اخذه بيده او خلى بينه و بينه وهو
موضوع على الارض فقال خليت بينك و بينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض فى البيع الفاسد بالتخلية
ولو اشترى حنطة فى بيت ودفع البايع المفتاح له وقال خليت بينك و بينها فهو قبض وان لم يقل شيئا لا يكون قبضا
ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك فقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهى ان تكون بحال
يقدر على اغلاقها والا فهى بعيدة وتمامه فى البحر فليطالع وفى التنوير وجد البايع الثمن زيوفا ليس له استرداد السلعة
وحبسها به قبض بدل الجياد زيوفا فان علم يهاردها و يسترد الجياد ان قائمة والا فلا اشترى شيئا وقبضه ومات مفلسا
قبل نقد الثمن والبايع اسوة للغرماء ولو لم يقبضه فالبايع احق به اتفاقا * باب الخيارات (* وفى المستصفى العلل
نوعان عقلية وهى ما لا يجوز تراخى الحكم عنها كالسواد مع الاسوداد ولذلك قال الشيخ ابو نصر العلة العقلية ما اذا
وجد يجب الحكم به وشرعية كالبيت للحج والاوقات للصلاة والبيع للملك وفى مثل هذه العلة يجوز تراخى الحكم عن
علته الا انه لا يجوز تخلف الحكم عن العلة الا على قول من يجوز تخصيص العلة واعلم ان الموانع انواع مانع
يمنع انعقاد العلة كما اذا اضاف البيع الى حر ومانع يمنع تمام العلة كما اذا اضاف الى مال الغير ومانع يمنع ابتداء الحكم
كخيار الشرط ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية ومانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب فقدم خيار الشرط
على انواعه لهذا وفى البحر والخيارات فى البيع لا تنحصر فى الثلثة بل هى ثلثة عشر خيارا خيار الشرط
خيار الرؤية خيار العيب خيار الغبن خيار الكمية خيار الاستحقاق خيار كشف الحال خيار تفرق الصفقة
بهلاك البعض قبل القبض خيار اجازة عقد الفضولى خيار فوات الوصف المشروط المستحق بالعقد خيار
التعيين خيار الخيانة فى المرابحة خيار نقد الثمن وعدمه (صح خيار الشرط) اى الاختيار للفسخ او الاجازة
بسبب شرطه ولو بعد البيع فالخيار اسم من الاختيار والاضافة من قبيل اضافة الحكم الى علته وسببه وهى بين
الفصحاء والفقهاء شايعة فلا حاجة الى ما قيل من انه لو قال صح شرط الخيار لكان اولى لان الموصوف بالصحة
شرط الخيار لا نفس الخيار تدبر (لكل من العاقدين) اى البايع والمشترى منفردا (ولهما معا) اى صح الخيار للبايع
والمشترى جميعا فى مبيع او بعضه صرح فى السراجية حيث قال اشترى مكيلا او موزونا او عبدا وشرط الخيار
فى نصفه او ثلثه او ربعه جاز كما فى البحر (ثلثة ايام) بالنصب على الظرف او بالرفع على ابتداء والخبر هو الظرف
المتقدم و يجوز ان يكون هو مبتدأ على نحو قوله تعالى ومنهم دون ذلك فيكون من قبيل التجاذب كما فى القهستانى
لكن فى الفتح والصواب ان يقدر مدته بثلثة ايام فما دونها (لا اكثر) من ثلثة ايام عند الامام و زفر والشافعى لقوله
عليه السلام لحبان بن منقذ بغبن فى البياعات اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلثة ايام ووجهه ان شرط الخيار
مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم او لا فيكون مفسدا لكنه جوز بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة
المذكورة لا ما فوقها وفى البحر وحين ورد النص به جعلناه داخلا على الحكم مانعا له تقليلا لعمله بقدر الامكان
ولم نجعله داخلا على اصل البيع للنهى عن بيع بشرط والبيع الذى شرط فيه الخيار يقال فيه علة اسما ومعنى
لا حكما وللخالى عنه علة اسما ومعنى وحكما (الا ان اجاز) اى من له الخيار (فى الثلثة) يعنى لا يجوز الخيار اكثر من ثلثة
ايام لكن لو ذكر اكثر منها واجاز فى الثلثة باسقاط خيار الاكثر جاز عند الامام ولا اعتبار لا وله او ال المفسد قبل
تقرره فانقلب صحيحا وقد اختلفوا فى صفة العقد فقيل انعقد فاسدا ثم يعود صحيحا بزوال المفسد فى ظاهر الرواية
وهو قول العراقيين وقيل موقوف على اسقاط الشرط فبمضى جزء من الرابع يفسد فلا ينقلب صحيحا وهو مختار
السرخسى وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر وعند زفر والشافعى يفسد من اول الامر اذا شرط الزيادة
على الثلث ولو ساعة فلا ينقلب جائزا كالنكاح بغير شهود حيث لا ينقلب صحيحا بالاشهاد (وعندهما يجوز) اكثر

باب الخيارات

من الثلث (ان بين مدة معلومة اى مدة كانت) طويلة اوقصيرة لماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما انه اجاز الخيار
الى شهرين ولان الخيار شرع للتروى لدفع الغبن وقد تمست الحاجة الى الاكثر فشابه التأجيل فى الثمن قيد بمعلومة
لان الخيار اذا كان مجهولا بان قال اشتريت على انى بالخيار اياما اوقال مؤبدا فانه غير جائز اتفاقا وفى الخلاصة لواثبت
الخيار ولم يذكر وقتا فله الخيار مادام فى المجلس (وان اشترى) شخص شيئا (على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام
فلا بيع صح) البيع استحسانا اذا نقده فى الثلث والقياس وهو قول زفر والائمة الثلثة لايجوز لانه بيع شرطت فيه الاقالة
فهو مفسد ولنا ان ابن عمر رضى الله عنهما باع ناقة بهذا الشرط ولم ينكر عليه احد من الصحابة رضى الله عنهم ولانه
فى معنى شرط الخيار فلا يفسده قيد بقوله الى ثلثة لانه لولم يبين الوقت اصلا او يذكر وقتا مجهولا فالبيع فاسد اتفاقا (و)
ان اشترى على انه ان لم ينقد الثمن (الى اربعة) ايام (لا) يصح البيع عند الامام لان هذا فى معنى الخيار من حيث ان المق
منها التفكر وشرط فوق الثلثة مفسد فكذا بهذا وعن ابى يوسف روايتان واصحهما انه مع الامام (الا ان ينقد فى الثلثة)
اى اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى اربعة او اكثر فنقد فى الثلث جاز بالاجماع كما فى شرط الخيار لزوال المفسد (وعند
محمد يجوز الى اربعة) ايام (واكثر) كما فى خيار الشرط جريا على اصله وابو يوسف كان مع محمد فى هذا الاصل لكن
خالفه فى هذه المسئلة عملا بالنهى الوارد عن البيع بشرط الا ان النص ورد فى شرط الخيار فجاز فبقى الحكم فى المسئلة على
مقتضى النهى لكن يشكل قول ابى يوسف بتجويز الزيادة على شهرين لعدم الاثر فى الزيادة مع انها تجوز تأمل (وخيار
البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه) وان قبضه المشترى باذن البايع لان خروجه انما يكون برضاء البايع والخيار ينافيه
فيصح تصرف البايع فى المبيع فى مدة الخيار تصرف الملاك من الهبة والعتق والوطئ وغيرها و يصير فسخا للبيع
فيخرج الثمن عن ملك المشترى اتفاقا لكنه لايدخل فى ملك البايع عند الامام وقالا يدخل (فان قبضه) اى المبيع
(المشترى) سواء باذن البايع اولا (فهلك) عنده فى مدة الخيار حتى لوهلك عند البايع ينفسخ البيع ولاشئ على المشترى
(لزم قيمته) اى قيمة المبيع على المشترى لان خيار البايع لايسقط عن المبيع الهالك فيقع الهلاك على ملكه فينفسخ البيع
لعدم امكان اللزوم اذ لولزم للزم بعد الهلاك وذا لايجوز لعدم المحل فكان مضمونا كالمقبوض على سوم الشرى لان
بطلان العقد لايبطل المساومة فوجب الضمان بالقيمة ان قيميا وبالمثل ان مثليا ولم يذكر المثل كما ذكره البعض اكتفاء
بذكر الاصل فى الضمان قيدنا فى مدة الخيار لانه لوهلك بعد تمام المدة يجب عليه الثمن لا الضمان لان العقد قد لزم
بعد تمامها (وخيار المشترى لايمنع) خروج المبيع عن ملك البايع اتفاقا للزوم البيع فى جانبه و يمنع خروج الثمن
من ملك المشترى بالاتفاق والاصل ان البدل الذى من جانب من له الخيار لايخرج عن ملكه (فان هلك) المبيع (فى يده)
اى المشترى (لزم الثمن) لان المبيع اذا قرب من الهلاك يكون معيبا لايمكن الرد فيلزم العقد الموجب الثمن المسمى
خلافا للشافعى فان عنده يجب القيمة (وكذا) لزم الثمن (لوتعيب) فى يد المشترى اطلقه فشمل ما اذا عيبه المشترى
او اجنبى اوتعيب بافة سماوية ولكن باقيا على اطلاقه وانما المراد عيب يلزم ولايرتفع كما اذا قطعت يده واما جواز ارتفاعه
كالمرض فهو على خياره ان زال المرض فى الايام الثلثة واما اذا مضت والعيب قائم لزم البيع لتعذر الرد كما فى البحر وغيره
وانما لم يقل عيبا لايرتفع كما قال بعض الفضلاء لانه اذا كان العيب نظيرا لهلاك يفهم ان يكون العيب مما لايرتفع
كما لايرتفع الهلاك لان الكلام فيما لايمكن رده على وجه قبضه ولا تأمل (الا انه) اى المبيع اذا خرج عن ملك البايع فيما اذا
شرط الخيار للمشترى (لايدخل فى ملك المشترى) عند الامام كيلا يجتمع البدل والمبدل منه فى ملك شخص واحد (خلافا
لهما) فان عندهما يدخل وهو قول الائمة الثلثة لانه لما خرج المبيع عن ملك البايع وجب ان يدخل فى ملك المشترى كيلا
يصير سائبة بغير مالك قيده يكون المبيع فى يد المشترى لانه لوهلك قبل القبض فلاشئ عليه اتفاقا ولم يذكر حكم ما
اذا كان الخيار لهما ففى اكثر المعتبرات لايخرج شئ من المبيع والثمن من ملك البايع والمشترى اتفاقا (فلواشترى
زوجته بالخيار) هذا تفريع لما قبله (لايفسد النكاح) عند الامام لانه لايملكها باعتبار الخيار و يفسد عندهما لانه يملكها
(وان وطئها) اى الزوجة المشتراة بالخيار (فله) اى للزوج المشترى (ردها) عند الامام (لانه) اى الوطئ (بالنكاح)
اى بحكم ملك النكاح لبقائه لابحكم ملك اليمين لعدمه وعندهما ليس له ان يردها مطلقا (الا فى البكر) فانها لاترد
اتفاقا لان الوطئ ينقصها عنده وعندهما للوطئ بملك اليمين وظاهره انه لونقصها وهى ثيب فالحكم كذلك
كما فى البحر (ولوولدت) تلك المشتراة وحبلت منه (فى مدته) اى فى مدة الخيار بالنكاح (لاتصير) تلك المشتراة (ام ولده
اى الزوج المشترى عند الامام خلافا لهما فان عندهما تصير ام ولد له لوادعى الولد لانه ولد والفراش ضعيف
كما فى الاصلاح لكن الكلام فى الحامل من المشترى بالنكاح فلا حاجة الى قيد الدعوة تدبر ومحله ما اذا كان قبل القبض
اما بعده سقط الخيار اتفاقا وتصير ام ولد للمشترى لانها تعيبت عنده بالولادة فعلى هذا لو قال ولو ولدت فى مدته

بالنكاح قبل القبض كما فى اكثر المعتبرات لكان اولى تدبر (ولواشترى قريبه) اراد به ذارحم محرم منه (به) اى بالخيار
(او) اشترى (عبدا) اوامة (بعد قوله ان ملكت عبدا) اوامة (فهو حر لايعتقان) عند الامام لعدم الدخول خلافا لهما
بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فسقط الخيار فيعتق عندهم جميعا (ولا بعد
حيض) الجارية (المشتراة به) اى بالخيار اذا حاضت (فى مدته) اى مدة الخيار (من الاستبراء) عند الامام خلافا لهما
ولا استبراء على البايع ان ردت) الجارية (به) اى بالخيار عند الامام سواء كان قبل القبض او بعده لانه لم يدخل فى ملك
غيره وعندهما ان كان الرد قبل القبض لايجب على البايع الاستبراء استحسانا والقياس ان يجب لتجدد الملك وان كان
بعده يجب قياسا واستحسانا واجمعوا فى البيع البات يفسخ باقالة وغيرها ان الاستبراء واجب على البايع اذا كان
الفسخ قبل القبض قياسا و بعده قياسا واستحسانا كما فى العناية (ولوقبض المشترى به) اى بالخيار (المبيع باذن البايع
ثم اودعه) اى اودع المشترى المبيع (عنده) اى للبايع (فهلك) فى يد البايع فى المدة او بعدها (فهو على البايع)
عند الامام ولاشئ على المشترى (لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك) فلايثبت الايداع بل يصير رده لرفع القبض
فيقع الهلاك قبل قبض المشترى وهو يبطل البيع وعندهما يهلك على المشترى و يلزمه الثمن لانه ملكه فصار
مودعا ملك نفسه فهلاكه فى يد المودع كهلاكه فى يده هذا لوكان الخيار للمشترى ولو للبايع فسلم المبيع الى المشترى
فاودعه البايع بطل البيع عند الكل ولوكان البيع باتا فقبض باذن البايع فهلك عنده بطل البيع عند الكل ولوكان
البيع باتا فقبض المبيع باذن البايع او بغير اذنه ثم اودعه البايع فهلك كان على المشترى اتفاقا لصحة الايداع كما فى البحر
(ولواشترى) العبد (المأذون شيأ به) اى بالخيار (فابرأه بايعه عن ثمنه) فى المدة (يبقى خياره) عند الامام لانه لما لم يملكه
كان الرد امتناعا عن التملك (وله) اى للمأذون (الرد) بالخيار (لانه) اى المأذون (يلى عدم التملك) كما لووهبت له هبة
فامتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لانه ملكه فكان الرد والفسخ منه تمليكا من البايع بلا بدل وهو تبرع والمأذون
لايملكه وهذا يقتضى صحة الابراء لكن لايصح عند ابى يوسف قياسا و يصح عند محمد استحسانا (ولواشترى ذمى
من ذمى خمرا به) اى بالخيار (واسلم فى مدته بطل شراؤه) عند الامام (كيلا يملكها) اى الخمر (مسلما بالاجازة) وعندهما
بطل الخيار لانه ملكها فلايملك ردها وهو مسلم هذا فى اسلام المشترى اما لواسلم البايع فلايبطل بالاجماع وصار
المشترى على حاله (خلافا لهما فى الجميع) اى جميع المسائل المذكورة من قوله فلواشترى الى هنا وقد ذكر قولهما
ووجههما عقيب كل مسئلة وقد زاد بعض الشارحين على ماذكره مسائل منها ما اذا تخمر العصير فى بيع مسلمين
فى مدته فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه وعندهما يتم لعجزه عن رده ومنها لواشترى دارا على انه بالخيار وهو ساكنها
باجارة او اعارة فاستدام سكناها قال السرخسى لايكون اختيارا وهو كابتداء السكنى وقال خواهر زاده استدامتها
اختيار عندهما لملك العين وعنده ليس باختيار ومنها حلال اشترى ظبيا بالخيار فقبضه ثم احرم والظبى فى يده
فينتقض عنده و يرد الى البايع وعندهما يلزم المشترى ولوكان الخيار للبايع ينتقض بالاجماع ولوكان للمشترى
فاحرم للمشترى ان يرده ومنها اذا كان الخيار للمشترى وفسخ العقد فالزوائد ترد على البايع عنده لانها تحدث
على ملك المشترى وعندهما للمشترى لانها حدثت على ملكه كما فى البحر (ومن له الخيار) سواء كان بايعا او مشتريا
او اجنبيا فله ان يفسخه وله ان يجيزه واذا اراد الاجازة (يجيز) البيع (بحضرة صاحبه وغيبته) فى مدته بالقول
او الفعل وان لم يعلم صاحبه بالاتفاق لكونه راضيا وقت اثبات الخيار له (ولايفسخ) البيع فى مدته (الا بحضرته)
والمراد بالحضرة علم صاحبه او علم من يقوم مقامه عند الطرفين لان الفسخ تصرف فى حق صاحبه
وذا لايجوز بدون علمه كالموكل اذا عزل الوكيل لايثبت حكم عزله فى حقه ما لم يعلم فالخيار باق على حاله
(خلافا لابى يوسف) وهو قول زفر والائمة الثلثة فانهم يقولون يفسخ بغيبته ايضا لانه مسلط على الفسخ
من طرف صاحبه فلايتوقف على علمه ولذا لايشترط رضاؤه فصار كالوكيل بالبيع هذا اذا كان الفسخ
بالقول ولو كان بالفعل كالاعتاق والبيع والوطئ يجوز بلا علمه بالاتفاق لانه حكمى ولايشترط العلم
فى الحكمى وذكر الكرخى ان خيار الرؤية على هذا الخلاف وفى خيار العيب لايصح فسخه بغير علمه
بالاجماع لانه لايثبت الا بالقضاء (فان فسخ) من له الخيار بغيبة صاحبه (وعلم به) الاخر (فى المدة انفسخ)
البيع لحصول العلم به (والا) اى وان لم يعلم به الاخر فى المدة بل علم بعد مضى المدة (تم العقد) لوجود الرضاء
(دلالة) حيث لم يتم الفسخ لايقال ان فى شرط العلم ضررا لمن له الخيار اذ يجوز ان يختفى صاحبه فلايصل
اليه الخبر فى مدته لانا نقول يمكن تداركه بان اخذ منه كفيلا يحضره فى المدة او وكيلا يثق به حتى اذا بدا له
الفسخ رده عليه وقال بعضهم لو رفع الامر الى الحاكم فنصب من يخاصم عنه صح الرد عليه (و يتم العقد ايضا بموت)

(من له الخيار) ولا ينتقل الى الورثة وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم له في البيع فيجرى فيه الارث كخيار العيب
وبه قال مالك ولنا ان الغرض منه التأمل لغرض نفسه وقد بطلت اهلية التأمل بخلاف خيار العيب لان المورث
استحق المبيع سليما فكذا الوارث لانه ورث خياره كذا قالوا اذا علمت هذا ظهر ان خيار التغرير وهو ما اذا غر
البايع المشترى او بالعكس و وقع البيع بينهما بغبن فاحش لا يورث لانه مجرد حق ثبت للبايع او للمشترى كما في خيار
الشرط كما في المنح وقيد بموت من له الخيار لان الخيار لا يبطل بموت من عليه الخيار اتفاقا (وكذا) يتم العقد
ويبطل الخيار (بمضى المدة) فان اغمى عليه اوجن اونام اوسكر بحيث لا يعلم حتى مضت المدة الصحيح انه يسقط الخيار
كما في الاختيار خلافا لمالك (ويتم) بالاخذ (بشفعة بسبب المبيع) بشرط الخيار يعنى لو اشترى دارا على انه بالخيار
فبيعت دار اخرى بجنبها في مدته وطلبها بطريق الشفعة فهذا الطلب رضى بتلك الدار الاولى لان طلب الشفعة
بها يقتضى ابطال الخيار واجازة الشراء سابقا اذ الشفعة لا تصير الا بالملك وقيدنا بشرط الخيار لان طلبها لا يسقط
خيار الرؤية والعيب ولو قال و بالطلب بشفعة لكان اولى لان طلبها مسقط وان لم يأخذها كما في المعراج فلهذا
قلنا في تصويرها وطلبها بطريق الشفعة تدبر (ويتم بكل ما يدل على الرضى) من قبيل عطف العام على الخاص
(كاركوب لغير الاختبار) اى الامتحان فلو ركب دابة لينظر الى سيرها لا يدل على رضاه كما لو ركبها ليردها او ليسقيها
او ليعلفها وفيه اشعار بانه لو استخدم الجارية مرة للامتحان ثم اخرى فان كان من نوع واحد فهو رضى والا فلا
وكذا اذا لبسه مرة كما في اكثر الكتب فعلى هذا يكون في عموم قوله لغير الاختبار نظر كما في الفرائد لكن يمكن ان يقال
انه اعم من الاختبار او مما في حكمه فيندفع به النظر تدبر (والوطئ) والتقبيل واللمس بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة
(والاعتاق وتوابعه) اى توابع الاعتاق كالتدبير والكتابة وكذا كل تصرف لا ينفذ الا في الملك كالبيع والاجارة والاسكان
والمرمة والبناء والتخصيص والهدم ورعى الماشية وحلب البقرة ومعالجة الدابة وكرى الانهار لان هذه التصرفات
دليل الملك هذا كله اذا كان الخيار للمشترى و وجد منه شئ من هذه الاشياء وان كان الخيار للبايع وفعل هذه الاشياء
انفسخ البيع (وان شرط المشترى الخيار لغيره) عاقدا او غيره لعموم الغير (جاز) الشرط عندنا ويثبت لهما الخيار
والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه موجب العقد فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كالثمن وجه الاستحسان انه يثبت له
ابتداء ثم للغير نيابة تصحيحا لتصرفه والتقييد بالمشترى اتفاقى لان البايع لو شرط الخيار جاز ايضا كما في اكثر الكتب فعلى
هذا لو قال وان شرط احد المتعاقدين الخيار لاجنبي لكان اولى ليشمل البايع والمشترى وليخرج اشتراط احدهما
للاخر فان قوله لغيره صادق بالبايع وليس بمراد كما في البحر وفي النوازل لو شرط الخيار لجيرانه ان عد اسمائهم جاز
والا فلا (وايهما) اى اى من المشترى والغير او البايع (اجاز البيع او فسخ البيع صح) لان كلا منهما يملك التصرف اصالة
او نيابة (وان اجاز) البيع (واحد) ممن شرط الخيار له من المتعاقدين والاجنبي (وفسخ الاخر) البيع (اعتبر السابق)
ردا كان او اجازة لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه احد وتصرف الاخر بعده لغو (وان كانا) اى اللفظان وهما الاجازة
والفسخ (معا) اى مجتمعين بان اجاز واحد وفسخ الاخر وخرج الكلامان معا (فالفسخ) اى فالمعتبر الفسخ في رواية
لان الخيار شرع للفسخ فهو تصرف فيما شرع لاجله وكان اولى كما في الاختيار وصححه قاضيخان وقال الزيلعى
وهو الاصح وبه جزم المص وكثير من المتون فكان هو المذهب وقيل يرجح تصرف العاقد بقضاء او اجازة لان
الصادر عن نيابة لا يصلح معارضا للصادر عن اصالة وفي البحر لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى اعادة العقد
بينهما جاز (فلو باع) شخص (عبدين) مسمين بالقابل والمقبول على انه (بالخيار في احدهما) اى في احد العبدين ثلثة
ايام (فان عينه) اى عين محل الخيار بان قال على انى بالخيار في القابل مثلا (وفصل ثمن كل) واحد منهما بان قال القابل
بالف والمقبول بالف (صح) البيع لان الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد فكان الداخل فيه غيره فالم يكن ذلك
الداخل معلوما وثمنه معلوما لا يجوز اذ جهالة المبيع والثمن مفسد للبيع ولن يكونا معلومين الا بالتفصيل والتعيين
(والا) اى وان لم يفصل الثمن ولم يعين محل الخيار اوان يفصله ولم يعينه اوان لا يفصله و يعينه (فلا) يصح البيع
لجهالة الثمن والمبيع او احدهما فهذه اربعة انواع واما بيع عبد على انه بالخيار في نصفه فجائز بلا تفصيل لان النصف
من الواحد لا يتفاوت وكذا الحكم في بيع شئ من الكيلى او الوزنى بالخيار في نصفه لان ثمن الكل اذا كان
معلوما يصير نصف الثمن معلوما والشيوع لا يمنع الصحة والجواز ولا فرق بين ان يكون الخيار للبايع او للمشترى
كما في العينى (ويجوز خيار التعيين للمشترى وهو بيع احد الشيئين او ثلثة) اشياء (على ان يأخذ المشترى ايا شاء)
من الاثنين او الثلثة والقياس الفساد لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان انه في معنى شرط الخيار
لاحتياج الناس الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البايع من الحمل اليه الا في البيع فكان في معنى

ماورد به الشرع والجهالة لا توجب الفساد بعينها بل لافضائها الى المنازعة ولا منازعة في الثلث لتعين من له الخيار
(ولا يجوز في اكثر من ثلثة) اشياء لعدم الحاجة اليها لاشتمال الثلثة على الجيد والردى والوسط فما فوقها باق
على القياس لان ثبوت الرخصة بالحاجة والحاجة تندفع بالثلث وفي البحر يجوز خيار التعيين في جانب البايع كما يجوز
في جانب المشترى (ويتقيد تخيره بمدة خيار الشرط على الاختلاف) بين الامام وصاحبيه يعنى بثلثة ايام عنده
وبمدة معلومة عندهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور
في الجامع الصغير قال شمس الائمة هو الصحيح وقيل لا يشترط كما يشعر به كلام المص وهو المذكور في الجامع الكبير
والمبسوط قالوا ووضعها في الجامع الصغير مع خيار الشرط اتفاق لا لانه شرط قال فخر الاسلام وهو الصحيح
(والمبيع واحد) من الشيئين او الثلثة في هذه الصورة (والباقى امانة) في يد المشترى ثم فرعه فقال (فلو قبض) المشترى
لانه لو لم يقبضه فهلك بطل البيع (الكل فهلك) في يده (واحد او تعيب) في يده واحد (لزم البيع) بالثمن (فيه)
اى في الهالك او المتعيب لامتناع الرد بالهلاك او بسبب العيب الذى حدث فيه عنده (وتعين الباقى للامانة) في يده
لان الداخل تحت العقد احدهما والذى لم يدخل في العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا بطريق
الوثيقة وكان امانة في يده فيرده وان هلك (الكل) في يده (لزمه) اى المشترى (نصف ثمن كل) ان كان شيئين
(او ثلثه) ان كان ثلثة لشيوع البيع والامانة مع عدم الاولوية ولا فرق بين ان يكون الثمن متفقا او مختلفا وكذا
لو كان الهلاك على التعاقب ولم يدر الاول بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله وله ان يرد احدهما
لان المعيب محل لابتداء البيع وكذا التعيين بخلاف الهالك فانه ليس محلا لابتدائه فليس لتعيينه ولكن ليس له
ان يردهما وان كان فيه خيار الشرط لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط كما في المنح (وليس له) اى للمشترى
بخيار التعيين (رد الكل) للزوم البيع في احدهما (الا ان ضم اليه) اى الى خيار التعيين (خيار الشرط) فح له رد الكل
في مدته لانه امين في احدهما فيرده بحكم الامانة وفي الاخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده واذا مضت
الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقى له خيار التعيين فيرد احدهما (ويورث خيار التعيين) يعنى لو مات
من له خيار التعيين فللوارث رد احدهما لان المورث كان مخصوصا بتعيين ملكه المخلوط برضاء صاحبه فكذا وارثه
حيث انتقل الملك اليه مخلوطا بملك الغير (و) يورث خيار (العيب) لان مورث استحق المبيع غير معيب فكذا الوارث
فله رده ان كان معيبا وهذا معنى الارث فيهما فلا ينافى ما قيل انهما لا يورثان اى بنفسهما كيف والارث فيما يقبل الانتقال
(لا) يورث خيار (الشرط) وخيار الرؤية لانهما يثبتان للعاقد بالنص والوارث ليس بعاقد وقال الشافعي يورث
خيار الشرط لان الوارث ورث الملك على وجه التوقف كما كان فله خيار الشرط والانسب ذكر مسئلة الارث
وعدمه في آخر الخيارات كما لا يخفى تدبر (ولو اشتريا) اى الرجلان شيئا (على انهما بالخيار فرضى احدهما) بالبيع بان
اسقط خياره (لا يرد الاخر) عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا له ان يرده وهو قول الائمة الثلثة لانه لو لم يملك
فسخه كان الزاما عليه لا برضاه فوقه ابطال لما ثبت من حقه لان كلا من الاجازة والفسخ حقه وله ان رد احدهما
دون الاخر يوجب عيبا في المبيع لم يكن عند البايع اعنى عيب الشركة وخصه في البحر بما اذا كان بعد القبض اما
قبله فليس له الرد يعنى اتفاقا فان قلت بيعه منهما رضاء منه بعيب التبعيض قلت اجيب بانه ان سلم فهو رضى به
في ملكهما لا في ملك نفسه كما في المنح قيد بالمشتريين لان البايع لو كان اثنين والمشترى واحدا وفي البيع خيار شرط
او عيب فرد المشترى نصيب احدهما دون الاخر بحكم الخيار جاز اتفاقا كما في شرح المجمع (وعلى هذا) الخلاف
(خيار العيب) يعنى لو اشترياه فرضى احدهما بعيب فيه لا الاخر (و) خيار (الرؤية) يعنى لو اشتريا شيئا لم يرياه ثم رآه
احدهما ورضى لا الاخر قال في المنح ويلزم البيع لو اشترى عبدا من رجلين صفقة واحدة على ان الخيار للبايعين فرضى
احدهما دون الاخر فليس لاحدهما الانفراد اجازة اوردا هذا عند الامام كما في الخانية (ولو اشترى عبدا على انه
خباز) وفي المعراج قوله على انه خباز اى عبد حرفته هذا لانه لو فعل هذا الفعل احيانا لا يسمى خبازا (او كاتب
فظهر) العبد (بخلافه) اى بخلاف ما ذكره بان كان غير خباز وغير كاتب (اخذه) اى المشترى (بكل الثمن) المسمى
ان شاء لان الوصف لا يقابله شئ من الثمن كما اذا اشترى دارا او ارضا على ان فيها كذا وكذا بيتا ونخلة فوجدها
ناقصة جاز البيع وله الخيار (او ترك) ان امكن وهو قول الشافعي لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط
ويثبت بفواته الخيار للمشترى لانه لم يرض بالعبد دونه وهذا الاختلاف اختلاف نوع لا اختلاف جنس لقلة
التفاوت فلا يفسد العقد بعدمه بخلاف شرائه شاة على انها حامل او تحلب كذا رطلا او عبدا يكتب كذا وكذا
حيث يفسد البيع في ظاهر الرواية لان هذا شرط مجهول لا وصف مرغوب حتى لو شرط انها حلوب او لبون

لايفسد لانه يذكر على سبيل الوصف دون الشرط كما اذا اشترى فرسا على انه هملاج اوكلبا على انه صيود اواشترى جارية على انها ذات لبن وهو رواية عن الامام وبه اخذ الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد وعليه الفتوى قيدنا بان امكن لانه ان تعذر الرد بسبب من الاسباب رجع المشترى على البايع بالنقصان فى ظاهر الرواية وهو الاصح وفى المنح لو قال احد المتبايعين شرطنا الخيار وانكر الاخر فالقول قوله كما فى دعوى الاجل والمضى فان القول للمنكر اشترى جارية بالخيار فرد غيرها بدلها قائلا بانها المشتراة فتنازع البايع والمشترى فقال البايع غيرت والمبيعة ليست كذلك وانكر المشترى التغيير وليس للبايع بينة فالقول للمشترى مع اليمين وجاز للبايع وطئها ولو قال البايع عند رده كان يحسن ذلك لكنه نسى عندك فالقول للمشترى ولو اشتراه من غير اشتراط كتبه وخبره وكان يحسن ذلك فنسيه فى يد البايع رده عليه * فصل (* فى خيار الرؤية (من اشترى مالم يره جاز)

فصل

اى صح البيع عندنا وعند الشافعى فى القول الجديد لايصح وفى الكفاية الخلاف فيما اذا كان المبيع قائما بين يديهما موجودا كما اذا اشترى زيتا فى زق او برا فى جوالق او ثوبا فى كم او شيئا مسمى موصوفا ومشارا اليه او الى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم حتى لو لم يكن كذلك ولم يشر اليه او الى مكانه لايصح البيع اتفاقا وضع الخلاف فى البيع اذ لاخيار فى الثمن الدين واما الثمن العين ففيه الخيار عندنا لانه بمنزلة المبيع له ان المبيع مجهول الوصف وجهالته تمنع الجواز ولنا قوله عليه السلام من اشترى مالم يره فله الخيار اذا رآه وفى البحر واراد بما لم يره مالم يره وقت العقد ولا قبله والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز فصارت الرؤية من افراد المعنى المجازى ليشمل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كالمسك وما اشتراه بعد رؤيته فوجده متغيرا وما اشتراه الاعمى وفى القنية اشترى ما يذاق فذاقه ليلا ولم يره سقط خياره (وله) اى للمشترى (رده) اى الشئ الذى اشتراه ولم يره (اذا رآه مالم يوجد) من المشترى (ما يبطله) اى الخيار وفى البحر اختلفوا هل هو مطلق او موقت فقيل موقت بوقت امكان الفسخ بعدها حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره وان لم توجد الاجازة صريحا ولا دلالة وقيل يثبت الخيار له مطلقا فيكون له الفسخ فى جميع عمره مالم يسقط بالقول او بفعل ما يدل على الرضى وهو الصحيح لاطلاق النص والعبرة لعين النص لا لمعناه (وان) وصلية (رضى قبلها) اى له الرد اذا رآه وان قال قبل الرؤية رضيت لانه خيار ثبت شرعا فلا يسقط باسقاطهما بخلاف خيار الشرط والعيب وفى شرح المجمع ثم ان اجازه بالقول قبل الرؤية لايزول خياره لانه ثبت عند الرؤية فلا يبطل قبل وقتها وان اجازه بالفعل بان يتصرف فيه يزول كما سيجئ واما الفسخ بالقول فجائز قبل الرؤية لعدم لزوم العقد لان اللزوم يفيد تمام الرضى وتمامه بالعلم باوصاف مقصودة وهو غير حاصل قبل الرؤية (ولا خيار لمن باع مالم يره) لان النبى عليه السلام اثبت الخيار فى الشراء لا فى البيع ولقضاء جبير بن مطعم بمحضر من الاصحاب فى الشراء لا فى البيع وهو قول الامام اخرا رجع اليه وفى قوله الاول له الخيار اعتبارا بالمشترى كخيار العيب والشرط (ويبطل) من الابطال (خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط) من صريح ودلالة وضرورة فما يفعل للامتحان لايبطلها ان لم يتكرر كما فى اكثر المعتبرات لكن فيه كلام لانه قد يحتاج الى التكرار اذا لم يعلم بالمرة الاولى تدبر (من تعيب وتعيب فى يده) قبل الرؤية بعيب لايرتفع كقطع اليد لانه اخذه سليما فيمتنع ان يرده معيبا (وتعذر) مصدر مضاف معطوف على قوله تعيب (رد بعضه) بسبب هلاك بعضه لانه لو رد بعضه الباقى لزم تفريق الصفقة (وتصرف) من المشترى (لايفسخ) صفة تصرف (كالاعتاق وتوابعه) من التدبير والاستيلاد (او) تصرف من المشترى (يوجب حقا للغير) كالبيع المطلق) اى كالبيع بغير قيد الخيار (والرهن والاجارة) والهبة بتسليم (قبل الرؤية وبعدها) لان هذه الحقوق تمنع الفسخ فيلزم البيع ببطلان الخيار فمعنى البطلان قبل الرؤية خروجه عن صلاحية ان يثبت له الخيار عند الرؤية (وما) اى التصرف الذى (يوجب حقا للغير كالبيع بالخيار والمساومة) اى العرض على البيع (والهبة بلا تسليم يبطل) خيار الرؤية (بعدها) اى بعد الرؤية (لاقبلها) لان هذه التصرفات لاتزيد على صريح الرضى فانه لايبطل قبلها بل بعدها وهنا لايوجد الا الدلالة على الرضى المجرد بخلاف الافعال السابقة فان فيها توجد مع الرضى حقوق زائدة فيبطل بعدها وقبلها ثم اعلم ان قوله يبطل خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط غير منعكس فلا يقال ما لايبطل خيار الشرط لايبطل خيار الرؤية لانتقاضه بالقبض بعد الرؤية فانه يبطل خيار الرؤية والعيب لا الشرط وهلاك بعض المبيع لايبطل خيار الشرط والعيب ويبطل خيار الرؤية واورد صاحب البحر على الكنز والهداية فى هذا المحل فليطالع (وكفت رؤية وجه الرقيق) فى سقوط الخيار سواء كان امة او عبدا لان المقصود فى الرقيق وجهه لان سائر الاعضاء فيه تبع لوجهه لان القيمة قد تتفاوت بتفاوته مع التساوى فى سائر الاعضاء (و) رؤية (وجه الدابة وكفلها) اى لايسقط الخيار برؤية وجهها حتى ينظر الى كفلها لانه موضع مقصود منه كالوجه

هو

هو الصحيح كما فى المحيط واكتفى محمد بالنظر الى وجهها اعتبارا بالادمى وشرط بعض العلماء رؤية القوائم وعن الامام فى البرذون والبغل والحمار يكفى ان يرى شيئا منه الا الحافر والذنب والناصية كما فى البحر (وفى شاة اللحم) اى الشاة التى للحم لابد من الجس) وهو اللمس باليد لانه يعرف به اللحم المقصود (وفى شاة القنية) هى التى تحبس لاجل النتاج (لابد من رؤية الضرع) لانه هو المقصود منها وفى الجوهرة ولو اشترى بقرة حلوبا فرأى كلها ولم ير ضرعها فله الخيار لان الضرع هو المقصود لكن فى البحر لابد من النظر الى ضرعها وسائر جسدها فليحفظ فان فى بعض العبارات ما يوهم الاقتصار على رؤية ضرعها انتهى فعلى هذا لو قال لابد من رؤية الضرع مع جميع جسدها كما فى الاختيار لكان اولى تدبر (ورؤية ظاهر الثوب ان لم يكن معلما كافية) لان برؤية ظاهره يعلم حال البقية اذ لاتتفاوت اطراف الثوب الواحد الا يسيرا (ورؤية علمه) كافية (ان) كان (معلما) لان ماليته تتفاوت بحسب علمه اطلق فى هذا لكن فى المحيط مقيد بما اذا كان مطويا بهذا اذا لم يخالف باطن الثوب ظاهره اما اذا اختلفا فلابد من رؤية الباطن قيل هذا فى عرفهم اما فى عرفنا فما لم ير الباطن لايسقط خياره لانه لبس بمثلى فلا يعرف كله بدون نشره ولابد منه وهو قول زفر وفى المبسوط الجواب على ما قال زفر وهو المختار كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغى للمص ان يذكر قول زفر ويرجحه تأمل (ورؤية داخل الدار) كافية (وان) وصلية (لم يشاهد بيوتها) عند ائمتنا الثلثة (وعند زفر لابد من مشاهدة البيوت وعليه) اى على قول زفر (الفتوى اليوم) قال فى التبيين وغيره وفى عامة الروايات اذا رأى صحن الدار او خارجها يسقط خياره لكن هذا مبنى على عادة اهل الكوفة فى ذلك الزمان فان دورهم كانت على نمط واحد لاتختلف وذلك يظهر برؤية خارجها واما فى زماننا اليوم فلابد من النظر الى داخلها لتفاوت بيوتها ومرافقها قال بعض مشايخنا تعتبر رؤية ما هو المقصود فى الدور حتى لو كان فى الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان فتشترط رؤية الكل مع رؤية الصحن فلا تشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا فى بلد يكون مقصودا وبعضهم اشترطوا رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعى وهو المعتبر فى ديارنا وفى الخزانة ان الفتوى فى بيت الغلة على انه تكفى رؤية خارجه لانه غير متفاوت وتكفى فى البستان رؤية خارجه ورؤس اشجاره فى ظاهر الرواية لكن فى البحر قالوا لابد فى البستان من رؤية ظاهره وباطنه وفى الكرم لابد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئا وفى الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا فى زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لاتكفى حتى يصبه فى كفه عند الامام لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وكذا لو اشترى سمكا فى ماء يمكن اخذه من غير اصطياد فرآه فى الماء فرؤيته لاتكفى على الصحيح (وان راى بعض المبيع فله الخيار اذا رآى باقيه) لانه لو لزمه يكون الزاما للبيع فيما لم يره وانه خلاف النص وكذا الاجازة فى البعض لايكون اجازة فى الكل ولاتصح الاجازة فى البعض ورد الباقى كما فى الاختيار (وما يعرض بالنموذج كالمكيل والموزون فرؤية بعضه كرؤية كله) وفى الاختيار والاصل اذا كان المبيع اشياء ان كان من العدديات المتفاوتة كالثياب والدواب والبطيخ ونحوها لايسقط الخيار الا برؤية الكل لانها تتفاوت وان كان مكيلا او موزونا وهو الذى يعرف بالنموذج او معدودا متقاربا كالجوز فرؤية بعضه يبطل الخيار فى كله لان المقصود معرفة الصفة وقد حصلت وعليه التعارف الا ان يجده اردى من النموذج فيكون له الخيار وان كان المبيع مغيبا تحت الارض كالبصل والثوم بعد النبات ان علم وجوده تحت الارض جاز والا فلا فاذا باعه ثم قلع منه نموذجا ورضى به فان كان مما يباع كيلا كالبصل او وزنا كالثوم بطل خياره عندهما وعليه الفتوى للحاجة وجريان التعامل به وعند الامام لا وان كان مما يباع عددا كالفجل فرؤية بعضه لاتسقط خياره لما تقدم (وفيما يطعم لابد من الذوق) لانه المعرف للمقصود وان كان مما يشم فلابد من شمه كالمسك وفى الولوالجية اشترى نافجة مسك فاخرج المسك منها ليس له الرد بخيار الرؤية والعيب لان الاخراج يدخل عليه عيبا ظاهرا حتى لو لم يدخل كان له ان يرد بخيار العيب والرؤية جميعا كما فى البحر (ونظر الوكيل بالشراء او القبض) اى قبض المبيع (كاف لا نظر الرسول) وفى الدرر اعلم ان هنا وكيلا بالشراء ووكيلا بالقبض ورسولا صورة التوكيل بالشراء ان يقول الموكل كن وكيلا عنى بشراء كذا وصورة التوكيل بالقبض ان يقول كن وكيلا عنى بقبض ما اشتريته وما رأيته وصورة الرسالة ان يقول كن رسولا عنى بقبضه فرؤية الوكيل الاول تسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه ورؤية الوكيل الثانى تسقط عند الامام اذا قبضه بالنظر اليه فح ليس له ولا للوكيل ان يرده الا من عيب واما اذا قبضه مستورا ثم رآه فاسقط الخيار فانه لايسقط لانه اذا قبض مستورا ينتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه قصدا لصيرورته اجنبيا بل للموكل الخيار ورؤية الرسول لاتسقط الخيار بالاجماع (وعندهما) وهو قول الائمة الثلثة (هو) اى الرسول (كالوكيل) وفى الفرائد هذا سهو من قلم الناسخ والصواب ان يقال وعندهما الوكيل بالقبض كالرسول فى عدم اسقاط رؤيته الخيار

لان عدم اسقاط رؤية الرسول الخيار متفق عليه انما الخلاف فى الوكيل بالقبض اذا قبضه ناظرا اليه فان رؤيته تسقط الخيار عند الامام لان الوكيل بالقبض وكيل باتمام العقد وتمامه بتمام الصفقة وتمامها بسقوط خيار الرؤية فصار قبضه كقبض الموكل مع الرؤية بخلاف الرسول لانه غير نائب عن المشترى وعندهما لا يسقط برؤية الوكيل بالقبض لانه وكيل بالقبض لا باسقاط الخيار فلا يملكه مالم يصر وكيلا به وعبارة المص لا تقبل الاصلاح اصلا ولا يمكن ان يدعى انه من باب القلب على معنى ان الوكيل بالقبض كالرسول وهو اظهر من ان يخفى فلا يصار اليه انتهى هذا ظاهر لكن يمكن ان يقال وعندهما كالوكيل بالقبض عندهما اى هما سواء فى عدم اسقاط رؤيتهما الخيار تأمل (وبيع الاعمى وشراؤه صحيح) وعند الشافعى فى قول لا يصح لكن لا وجه له اذ يلزم ان يموت جوعا لو لم يجد وكيلا بشراء ما يطعم به (وله) اى للاعمى (الخيار اذا اشترى) لانه اشترى مالم يره ومن اشترى مالم يره فله الخيار اذا راى بالحديث كما فى الهداية وفى العناية فيه نظر لان قوله عليه السلام مالم يره سلب وهو يقتضى تصور الايجاب وهو انما يكون فى البصير فالاولى ان يستدل بمعاملة الناس العميان من غير نكير فان ذلك اصل فى الشرع بمنزلة الاجماع انتهى لكن ان اراد بتصور الايجاب وقوعه فغير لازم اذ غاية كون التقابل بينهما تقابل العدم والملكة ويكفى فيها امكان الرؤية بان يكون من شانه وذلك يتحقق بالادمية وان لم يره دائما فيندفع به النظر (ويسقط بجسه) اى بجس الاعمى (المبيع) ان كان مما يعرف بالجس كالغنم مثلا (او شمه) ان كان مما يعرف بالشم كالمسك (او ذوقه) ان كان مما يعرف بالذوق كالعسل (فيما يعرف بذلك) اى بالجس او بالشم او بالذوق على سبيل البدل لان هذه تفيد العلم كالبصير فيقوم مقام الرؤية (وبوصف العقار له) اى للاعمى لانه لا سبيل الى معرفته الا به حتى يسقط خياره بعد ذلك وعن ابى يوسف انه اشترط مع ذلك ان يوقف فى مكان لو كان بصيرا لرأه منه وقال الحسن يوكل وكيلا لقبضه له وهو يراه وهو اشبه بقول الامام وقال بعض ائمة بلخ يسقط خياره بمس الحيطان والاشجار مع الوصف وان ابصر بعد الوصف وبعد ما وجد منه ما يدل على الرضى فلا خيار له لان العقد تم ولو اشترى البصير ثم عمى قبل الرؤية انتقل الى الوصف لوجود العجز قبل العلم هذا كله اذا وجدت المذكورات من الشم والذوق والجس ونحوها من الاعمى قبل شرائه ولو وجدت بعده ثبت له الخيار بالمذكورات فيمتد الخيار مالم يوجد منه ما يدل على الرضى من قول او فعل فى الصحيح (ومن رأى احد الثوبين فشراهما ثم رأى) الثوب (الاخر) فوجده معيبا (فله اخذهما او ردهما) اى رد الثوبين ان شاء لان رؤية احدهما لا يكون رؤية الاخر للتفاوت فى الثياب فيبقى الخيار فيما لم يره (لا رد احدهما) اى لا رد المعيب وحده لئلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام على البايع لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ان قبضه مستورا ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء فيكون فسخا من الاصل (ومن رأى شيئا) قاصد الشرائه عند رؤيته عالما بانه مرئيه وقت الشراء (ثم شراه) بعد زمان (فوجده متغيرا تخير) لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره (والا) اى وان لم يتغير عن الصفة التى رأها عليها (فلا) يتخير لان العلم بالمبيع قد حصل بالرؤية السابقة وقد رضى به ما دام على تلك الصفة وانما قيدنا قاصدا لشرائه عند رؤيته لانه لو رأه لا لقصد الشراء ثم اشتراه فله الخيار لانه اذا رأى لا لقصد الشراء لا يتأمل كل التأمل فلم يقع معرفة كما فى البحر وانما قيدنا عالما بانه مرئيه وقت الشراء لانه لو لم يعلم عند العقد انه رأه من قبل فح ثبت له الخيار لعدم الرضاء به كما فى الهداية فعلى هذا ان المص لو قيد بهذين القيدين كما قيدنا لكان اولى تأمل (وان اختلفا فى تغيره) فقال المشترى قد تغير وقال البايع لم يتغير (فالقول للبايع) مع يمينه وعلى المشترى البينة لان التغير حادث وسبب اللزوم ظ هذا اذا كانت المدة قريبة اما اذا كانت بعيدة فالقول للمشترى لان الظ شاهد له وفى البحر ولا يصدق فى دعوى التغير الا بحجة الا ان تطول والشهر طويل وما دونه قليل وفى الفتح جعل الشهر قليلا (وان) اختلفا (فى الرؤية) فقال البايع له رأيت قبل الشراء وقال المشترى ما رأيت او قال له رأيت بعد الشراء ثم رضيت فقال رضيت قبل الرؤية (فللمشترى) اى فالقول للمشترى مع يمينه لان البايع يدعى امرا عارضا وهو العلم بالصفة والمشترى ينكره فالقول له وفى البحر لو اراد المشترى ان يرده فانكر البايع كون المردود مبيعا فالقول للمشترى وكذلك فى خيار الشرط لانه انفسخ العقد برده وبقى ملك البايع فى يده فيكون القول قول القابض فى تعيين ملكه امينا كان او ضمينا كالمودع والغاصب ولو اختلفا فى الرد بالعيب فالقول للبايع (ومن اشترى عدل زطى) ولم يره وقبضه والعدل المثل والزط جبل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية (فباع منه) اى من العدل (ثوبا او وهب) لاخر (وسلم فله ان يرده) اى للمشترى ان يرد ما بقى (بعيب لا بخيار رؤية او شرط) لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفى رد ما بقى تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لتمامها معه بعد القبض وكلامنا فيه فان عاد

اليه ذلك الثوب بفسخ وهو على خياره لزوال المانع وهو تفريق الصفقة وعن ابى يوسف لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى وصححه قاضيخان (* فصل فى خيار العيب *) اخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشئ الى سببه (مطلق البيع) الاضافة من قبيل اضافة الصفة الى موصوفها والتقدير البيع المطلق من شرط البراءة من كل عيب (يقتضى سلامة المبيع) عن العيوب لان الاصل هو السلامة وهى وصف مطلوب مرغوب عادة وعرفا والمطلوب عادة كالمشروط نصا (فلمن وجد فى مشريه) بفتح الميم وكسر الراء اسم مفعول من الشراء (عيبا) كان عند البايع ولم يره المشترى عند البيع ولا عند القبض اورأه ولكن لم يعلم انه عيب عند التجار فقبضه وعلم بذلك ينظر ان كان عيبا بينا لا يخفى على الناس كالعور لم يكن له ان يرده وان كان يخفى يرد (رده) مبتدأ مؤخر خبره قوله فلمن (او اخذه) اى اخذ المشترى المبيع المعيب بكل ثمنه لانه ما رضى عند العقد الا بوصف السلامة بدلالة الحال فعند فواتها يتخير (لا امساكه ونقص ثمنه) اى لا يتخير بين امساكه وبين اخذ نقصان الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الاثمان (الا برضى بايعه) اى بامساك المشترى المبيع المعيب ونقص ثمنه والمراد عيب كان عند البايع وقبضه المشترى من غير ان يعلم به ولم يوجد من المشترى ما يدل على الرضاء به بعد العلم بالعيب (وكل ما اوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب) العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة وذكر المص ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال وكل ما اوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالتضرر بانتقاص القيمة والمرجع فى معرفته عرض اهله كما فى العناية (فالاباق) كالكتاب لغة الاستخفاء وشرعا استخفاء العبد او الجارية عن المولى تمردا (ولو) وصلية الى ما دون (السفر من صغير يعقل) هو يأكل ويشرب وحده عيب لفراره عن العمل لخبث وفيه اشارة الى ان اباق الصغير الذى لا يعقل ولا يميز ليس بعيب لانه ضال لحبه اللعب لا آبق وفى القهستانى وليس باباق لو فر من محلة الى محلة او قرية الى بلد واما العكس فاباق انتهى لكن الاشبه ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا كما فى التبيين (وكذا السرقة) واللام للعهد اى سرقة صغير يعقل عيب وان لم يكن عشرة دراهم وقيل دون درهم ليس بعيب وفى غير عاقل لا لانها صادرة بلا فكر ولا فرق بين ان يسرق من مولاه او غيره لكن سرقة المأكول من المولى للاكل ليست بعيب (والبول فى الفراش) من صغير يعقل عيب لكونه من داء وفى غير عاقل لا يعد عيبا لظهوره من ضعف المثانة ولعدم التدارك (وهى) اى الاباق والسرقة والبول فى الفراش (فى الكبير عيب اخر) ثم فرعه بقوله (فلو ابق او سرق او بال) فى الفراش (فى صغره) عند البايع (ثم عاوده) اى عاود كل واحد منها (عند المشترى فيه) اى فى الصغر (رده) اى رد المشترى بكل واحد منها على البايع ان شاء لكونها عيبا قديما لاتحاد السبب وهنا مسئلة عجيبة وهى ان من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول فى الفراش وتعيب عنده بعيب اخر كان له ان يرجع بنقصان العيب فلو رجع بنقصان العيب ثم كبر فللبايع ان يسترد ما اعطى ثمن النقصان لزوال العيب بالبلوغ (وان) ابق او سرق او بال عند البايع فى صغره (ثم عاوده عنده) اى عند المشترى (بعد البلوغ لا) اى لا يرد به لان ما يعاود بعد البلوغ يكون عيبا اخر لاختلاف السبب (والجنون) المطبق وقيل اكثر من يوم وليلة وقيل من ساعة عيب فى الغلام والجارية (مطلقا) سواء كان فى حال صغره او كبره فلو جن فى صغره عند البايع (وعاوده عند المشترى) فيه اى فى صغره (او فى كبره رده به) لان الثانى عين الاول اذ معدن العقل هو القلب وشعاعه فى الدماغ والجنون انقطاع هذا الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السن قيل يكفى فى الرد جنونه عند البايع فقط لكن الصحيح انه لم يرد بدون المعاودة وعليه الجمهور (والبخر) بفتحتين الخاء المعجمة نتن رائحة الفم وفى البزازية نتن رائحة الانف (والذفر) بفتحتين والذال المعجمة شدة الريح طيبة او خبيثة ومرادهم نتن الابط وبالدال المهملة مصدر دفر اذا خبث رائحته وبالسكون اسم منه كما فى الطلبة وغيره ومن الظن ان فى المغرب مرادهم منه حدة الرائحة منتنة او طيبة فانه قال اراد منه الصنان بضم المهملة وهو نتن الابط على ان عد الرائحة الطيبة من العيوب عيب لا يخفى على عاقل كما فى القهستانى (والزنا والتولد منه) اى من الزنا كل من هذه الاربعة (عيب فى الجارية) لان ذلك يخل بالمقصود منها فالبخر والذفر يخل بالقرب للخدمة والزنا بالاستفراش والتولد من الزنا بطلب الولد (لا فى الغلام) اليس هذه الاشياء عيبا فى العبد لان المطلوب منه الاستخدام من بعد وهذه الاشياء لا تخل به (الا ان يكون) البخر والذفر (من داء) وهو استثناء من مقدر تقديره (ان المذكور) لا يكون عيبا فى الغلام كل الاحوال الا ان يكون البخر والذفر فاحشا بحيث يمنع القرب من المولى او يكون الزنا عادة له بان تكرر اكثر من مرتين (ولا يشترط) المعاودة عند الشراء فى الزنا كما فى اكثر الكتب فعلى هذا لو قال بعده او يكون الزنا عادة له (لكان اولى قيل

ان البخر عيب فى الامرد وهو الاصح كما فى الخلاصة وفى العمادية لوكان الغلام يلاط به مجانا فهو عيب و بالاجر ليس
بعيب وعند الائمة الثلثة ان ماذكر عيب فى العبد ايضا (والاستحاضة عيب) لان استمرار الدم علامة الداء (وكذا عدم
حيض بنت سبع عشرة سنة لا اقل) قيد بسبع عشرة لانه اقصى زمن البلوغ عند الامام وعندهما خمس عشرة سنة
لان الحيض هو الاصل فى بنات آدم وهو دم صحة فاذا لم تحض فالظ انه عن دائها ولذا قالوا لا تسمع دعواه بانقطاعه
الا اذا ذكر سببه من داء اوحبل لان ارتفاعه بدونهما لا يعد عيبا والمرجع فى الحبل الى قول النساء وفى الداء الى قول
طبيبين عدلين (ويعرف ذلك) اى المذكور من الاستحاضة وعدم الحيض (بقول الامة) لانه لا يعرفه غيرها ولكن
لا يرد بقولها (فترد) الامة (اذا انضم اليه) اى الى قول الامة (نكول البايع قبل القبض و بعده) يعنى اذا قالت الامة
ذلك وانكره البايع يستحلف فان نكل سواء كان قبل القبض او بعده ترد عليه بنكوله فى ظاهر الرواية (وهو الصحيح)
وعن ابى يوسف يرد بلا يمين البايع لضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشترى الرد بلا قضاء ولا رضاء وصح
الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا فى ظاهر الرواية لا يقبل قول الامة فيه ذكره الكافى ولو ادعى انقطاعه
فى مدة قصيرة لم تسمع واقلها ثلثة اشهر عند الثانى واربعة اشهر وعشر عند الثالث وانقطاعها من وقت الشراء
وحاصله انه اذا صحح دعواه سئل البايع فان صدقه ردت عليه والا لم يحلف عند الامام كما سيأتى وان اقر به وانكر كونه
عنده حلف فان نكل ردت عليه ولا تقبل البينة على ان الانقطاع كان عند البايع للتيقن بكذبهم بخلاف الشهادة
على الاستحاضة كما فى البحر وغيره (والكفر عيب فيهما) اى فى الغلام والجارية لعدم الايتمان على المصالح الدينية
وعند الشافعى ليس بعيب ومن اغرب ماذكره الزيلعى رواية عن الشافعى انه لو اشتراه على انه كافر فوجده
مسلما يرده حيث يكون الاسلام عيبا ولا يكون الكفر عيبا (وكذا الشيب) بالشين المعجمة عيب وكذا الشمط وهو
اختلاط البياض بالسواد فى الشعر لانه فى غير اوانه دليل الداء وفى اوانه دليل الكبر فيصير عيبا على التقديرين
وكذا الصهوبة بضم المهملة حمرة الشعر اذا فحشت بحيث تضرب الى البياض (والدين) لان ماليته تكون مشغولة به
والغرماء مقدمون على المولى اطلقه فشمل دين العبد والجارية وما اذا كان مطالبا به للحال او متأخرا الى ما بعد
العتق مأذونا او محجورا وليس كذلك بل المراد الدين الذى يطالب به فى الحال بسبب الاذن لا الدين المؤجل الى العتق
ولا المحجور لان دينه لا يطلب الا بعد العتق فلا يكون عيبا كما فى البحر وغيره فعلى هذا لو قيده بهذين القيدين لكان ٦
اولى تأمل (والسعال القديم) يعرفه الاطباء واما السعال الحادث فليس بعيب لانه يزول (والشعر والماء فى العين)
لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى ولا خصوصية لهما بل كل مرض بالعين فهو عيب ومنه السبل وكثرة
الدمع والغرب فى العين والعشى وهو ضعف البصر بحيث لا يبصر فى الليل والعمش والشتر والحول والحوص
وهو نوع من الحول والجرب فى العين وغيرها وقد ذكر المص اولا ضابط العيب ثم ذكر عددا من العيوب ولم
يستوفها لكثرتها فلا بأس بتعداد ما اطلعنا عليه فى كلامهم تكثيرا للفوائد فمن العيوب المشتركة بين العبد والامة
الشلل والشم والصمم والخرس والعرج والسن الساقطة والشاغية والسوداء والخضراء وفى الصفراء خلاف
ووجعها والاصبع الزائدة والناقصة والظفر الاسود المنقص للثمن والعسر وهو العمل باليسار عجزا والثؤلول والخال
ان كانا قبيحين منقصين والكذب والنميمة وترك الصلاة وغيرها من الذنوب والنكاح والقمار بالنرد ونحوه والامراض
والكى وتشنج فى الاعضاء وكثرة الاكل وقيل فى الجارية عيب لا الغلام ولا شك انه لا فرق اذا افرط وعدم
استمساك البول والحمق وغيرها ومن المختصة بالعبد العنة والخصى بخلاف ما لو وجد فحلا اذا اشترى على انه
خصى والفتق والادرة وعدم الختان اذا كان كبيرا والرعونة واللين فى الصوت والتكسر فى المشى ان كثر فان قل لا
ومحلوق اللحية او منتوفها اذا اشترى امردا والتخنث بالعمل القبيح وشرب الخمر ومن المختصة بالامة الرتق والقرن
والعفل والحبل والمغنية وعدة رجعى والولادة عند البايع او قبله وثقب فى الاذنين ان واسعا ومحترقة الوجه لا يدرى
حسنها من قبحها بخلاف ما اذا كانت ذمية او سوداء وفى البزازية وان اشتراها على انها جميلة ووجدها قبيحة
ترد وكل عيب يمكن المشترى من ازالته بلا مشقة لا يرد به كاحرام الجارية ومنها ما فى الحيوانات من الحرون والحزن
والجمح والفدع والصكك والفحج والمشش والدخس وخلع الرأس واللجام والصدف والشدق والعثر والعزل
وقلة الاكل ومص لبنها جميعا وعدم الحلب ان كانت مثلها تشترى للحلب وان للحم لا وما يمنع التضحية فى المضحى
ومما فى غيرها الهشم والحرق والعفونة وكون الحنطة مسوسة وضيق احد الخفين لا كلاهما والنقب الكبير فى الجدار
وكثرة بيوت النمل فى الكرم او كان فيه ممر الغير او مسيل الغير والنز والسبخ وكون الاية ساقطة او الخطأ فى المصحف
وعدم مسيل فى الدار وعدم الشرب فى الارض او مرتفعة لا تسقى ونجاسة ما ينقصه الغسل وذكر قاضيخان ان

فوات

فوات المشروط بمنزلة العيب (فان ظهر عيب قديم) اى كائن عند البايع بعد ما حدث (عند المشترى) عيب
(اخر رجع بالنقصان) لانه تعذر الرد بسبب العيب الحادث وطريق معرفته ان يقوم وبه هذا العيب ثم يقوم وهو
سالم فاذا عرف التفاوت بين القيمتين يرجع عليه بحصته من الثمن (كثوب شراه فقطعه) اى الثوب (فاطلع) المشترى
(على عيب فليس له الرد) بل يرجع بالنقصان كما بيناه آنفا (الا ان يرضى البايع) استثناء من المسئلتين جميعا (باخذه
كذلك) اى معيبا او مقطوعا (فله) اى للبايع (ذلك) اى الاخذ لان الامتناع لحقه فاسقط حقه بالرضاء
(حتى لو باعه المشترى) بعد ما حدث عيب آخر (سقط رجوعه) بالنقصان لانه صار حابسا له بالبيع اذ الرد غير ممتنع
بالقطع برضاء البايع فكان مفوتا للرد بخلاف ما اذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصر حابسا له
بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالبيع وبعد امتناع الرد لا تأثير له (فان خاط) المشترى بعد ما قطع
(الثوب او صبغه احمر) قيد به لتكون الزيادة فى المبيع ثابتة اتفاقا لانه لو صبغه اسود يكون نقصانا عنده كالقطع وقالا
يكون زيادة (اولت السويق بسمن) اى لو كان المبيع سويقا فخلطه بسمن (ثم ظهر عيبه رجع) على البايع (بنقصانه)
لتعذر الرد بسبب الزيادة وحاصله ان الزيادة نوعان متصلة وهى قسمان متولدة عن الاصل كالجمال حيث لا يمنع الرد
فى ظاهر الرواية وغير متولدة منه كالصبغ فانه يمنع ومنفصلة وهى ايضا نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر فانه
يمنع الرد اذا حدث بعد القبض واما اذا حدث قبل القبض فلا وغير متولدة منه فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ
فاذا فسخ تسلم الزيادة للمشترى (وليس لبايعه ان يأخذه) قطعا لحق الشرع وان رضى به المشترى لوجود الربا
(حتى او باعه) اى المشترى الثوب المخيط او المصبوغ بالحمرة او السويق الملتوت بالسمن (بعد رؤية عيبه لا يسقط
الرجوع) لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده
الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان بخلاف ما لو كان الولد كبيرا لان التمليك حصل فى الاول
قبل الخياطة وفى الثانى بعدها بالتسليم اليه وهذا معنى ما فى الفوائد الظهيرية من ان الاصل ان كل موضع
يكون المبيع قائما على ملك المشترى ويمكنه الرد برضى البايع فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع
يكون المبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد وان قبله البايع فاخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان كما فى البحر (ولو اعتق)
المشترى المبيع (بلا مال او دبر او استولد) قبل العلم بالعيب لانه بعد العلم لا يرجع (ثم ظهر العيب رجع) بنقصان العيب
اما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع وهو قول زفر لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل وفى الاستحسان يرجع وهو
قول الشافعى واحمد لان العتق انهاء الملك لان الآدمى ما خلق فى الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه على خلاف
الاصل موقتا الى الاعتاق فكان انهاء كالموت وهذا لان الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر
ولهذا يثبت الولاء بالعتق وهو من آثار الملك فبقاؤه كبقاء الملك والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانهما وان كانا
لا يزيلان الملك الا ان المحل بهما يخرج عن ان يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك
فيرجع بالنقصان لانه استحق المبيع بوصف السلامة وصار كما لو تعيب عنده (وكذا) يرجع بنقصان العيب
(ان ظهر) عيب قديم (بعد موت المشترى) لان الملك ينتهى به والامتناع حكمى لا بفعله (وان اعتق) المبيع
(على مال او قتل لا يرجع بشئ) لانه حبس بدله فى الاعتاق على مال وحبس البدل كحبس المبدل وعن الامام
وهو قول ابى يوسف والشافعى انه يرجع لان البدل والمبدل ملكه فصار كالاعتاق مجانا والكتابة
كالاعتاق على مال لحصول العوض فيهما واما القتل فلانه لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط هنا باعتبار الملك
ان لم يكن مديونا فان كان مديونا ضمنه السيد فصار كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه يوجب
الضمان لا محالة هذا ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه يرجع لان المقتول ميت باجله فكانه مات حتف انفه (وكذا)
لا يرجع بالنقصان (لو اكل الطعام كله او بعضه) حال كونه فى وعاء واحد فان كان فى وعائين فاكل ما فى احدهما
او باع ثم علم بعيب كان بكل ذلك فله رد الباقى بحصته من الثمن كما فى الحقايق (او لبس الثوب فتخرق) ثم اطلع على
عيب (لا يرجع) بالنقصان عند الامام (خلافا لهما) فانه يرجع بالنقصان عندهما وفى المنح ثم قال ابو يوسف يرد ما بقى
ان رضى البايع لان استحقاق الرد فى البعض دون الكل فيتوقف على رضاه وقال محمد يرد الباقى مطلقا لان رده ممكن
حيث لا يضره التبعيض ويرجع بالنقصان فيما اكله لتعذر رده وعند الامام لا يرجع بشئ وقد اعتمده صاحب الكنز
وغيره قال فى النهاية وقالا يرجع استحسانا فى الاكل ثم قال وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق وعنهما
يرد ما بقى ويرجع بنقصان ما اكل وعليه الفتوى وفى البحر ان الفتوى على قولهما فى الرجوع بالنقصان كما فى الخلاصة
وفى المجتبى لو اكل بعض الطعام يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقى عند محمد وبه يفتى وان باع نصفه لا يرجع ويرد ما بقى

عنده وبه يفتى ايضا ولو اشترى طعاما فاطعمه ابنه اوامرأته اومكاتبه اوضيفه لايرجع وان اطعم عبده اومدبره
اوام ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى سمنا ذائبا واكله ثم اقر البايع انه كان وقعت فيه فارة رجع بالنقصان عندهما
وبه يفتى كما فى البحر وفى القنية ولو كان غزلا فنسجه اوفيلقا فجعله ابريسما ثم ظهر انه كان رطبا وانتقص وزنه رجع
بنقصان العيب بخلاف ما اذا باع (وان شرى بيضا اوجوزا اوبطيخا اوقثاء اوخيارا) فكسره قيد به لانه لواطلع
قبل كسره فانه برده (فوجده فاسدا) بان كان منتنا اومرا (فان كان ينتفع به) فى الجملة بان صلح لاكل بعض الناس
اوالدواب (رجع بنقصانه) دفعا للضرر بقدر الامكان ولايرده لان الكسر عيب حادث الا ان يقبلها البايع مكسورا
ويرد الثمن وقال الشافعى يرده (والا) اى وان لم ينتفع به اصلا (فبكل ثمنه) اى يرجع بجميع الثمن لانه ليس بمال
فكان البيع باطلا ولايعتبر فى الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب بخلاف بيض النعامة اذا وجده
فاسدا بعد الكسر فانه يرجع بالنقصان لان ماليته باعتبار القشر (ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل كالواحد)
والاثنين فى المائة (صح البيع) استحسانا لعدم خلوه عادة ولاخيار له كالتراب فى الحنطة الا ان يعده الناس عيبا
فله الرد (والا) اى وان لم يكن قليلا بل كثيرا (فسد) البيع فى الكل (ورجع بكل ثمنه) عند الامام لجمعه
فى العقد بين ماله قيمة ومالا قيمة له وعندهما يجوز فى حصة الصحيح منه وقيل يفسد العقد فى الكل اجماعا ولو قال
المص فوجده معيبا مكان فاسد لكان اولى لان من عيب الجوز قلة لبه وسواده تدبر وفى الفتح لو اشترى دقيقا
فخبز بعضه وظهر انه مر رد مابقى ورجع بنقصان ما خبز وفى البحر اشترى عددا من البطيخ اوالرمان اوالسفرجل
فكسر واحدا واطلع على عيب رجع بحصته من الثمن لاغير ولايرد الباقى الا ان يبرهن ان الباقى فاسد ولو وجد
فى المسك رصاصا ميزه ورده بحصته قل اوكثر (ومن باع ماشراه) باخر (فرد عليه) اى بايع ماشراه (بعيب) اى
بسبب عيب بقضاء بعد قبضه (باقرار) ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة كما فى الهداية وانما
اول بهذا لانه لولم ينكر الاقرار لايحتاج الى القضاء بل يرد عليه باقراره بعيب فاذا رد به بلا قضاء لايرد على بايعه
كما فى اكثر الشروح لكن لاحاجة الى هذا التأويل لانه لايمكن ان ينكر اقراره مع انه لايرضى بالرد فيرد بالقضاء
فلايكون بيعا لعدم الرضاء كما فى التسهيل (اونكول) عن اليمين (او بينة رده على بايعه) الاول لانه بالقضاء فسخ
من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء كما فى الهداية ومنهم
من جعله قول ابى يوسف وعند محمد ليس له ان يخاصم بايعه لتناقضه وغايته على انه سبق منه جحود نصا بان
قال بعته ومابه هذا العيب وانما حدث عندك ثم رد عليه بقضاء ليس له ان يخاصم بايعه ومنهم من حملها على
ما اذا كان ساكتا والبينة تجوز على الساكت ويستحلف الساكت ايضا لتنزيله منكرا كما فى البحر (ولو قبله برضاه)
لايرده عليه اى على بايعه الاول وقيل فى عيب لايحدث مثله كالاصبع الزائدة يرد للتيقن به عند البايع الاول
والاصح انه لايرد عليه فى الكل كما فى الرمز هذا اذا كان الرد بعد القبض اما قبله فله ان يرده على بايعه الاول
وان كان بالتراضى فى غير العقار كما فى المنح وغيره (ومن قبض ماشراه ثم ادعى عيبا لايجبر) المشترى (على دفع ثمنه)
الى البايع لاحتمال ان يكون صادقا فى دعواه (بل يبرهن) المشترى اى يقيم البينة لاثبات العيب بانه وجد بالمبيع
عند المشترى لانه ان لم يوجد عنده ليس له ان يرده وان كان عند البايع لاحتمال انه زال فاذا برهن انه وجده عنده
يحتاج ان يبرهن ايضا ان هذا العيب كان به عند البايع لاحتمال انه حدث عنده (او يحلف بايعه) على قولهما لانه
ان اقر به لزمه فاذا انكره يحلف فان حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب للحال ثم يحلف ثانيا على ان هذا العيب لم يكن
فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ القاضى العقد بينهما (فان قال) الظ بالواو (شهودى غيب) جمع
غائب (دفع) الثمن (ان حلف بايعه) لان فى الانتظار ضررا بالبايع وليس فيه كثير ضرر على المشترى لانه
متى اقام البينة رد عليه المبيع واخذ ثمنه (ولزم العيب ان نكل) البايع لان النكول حجة فيه بخلاف الحدود
وفى عبارة الهداية هنا كلام فليراجع شروحها (ومن ادعى) اى المشترى (اباق مشريه) اى اباق الرقيق الذى
اشتراه فانكر البايع (يبرهن) المشترى (اولا انه) اى الرقيق (ابق عنده) يعنى لاتسمع دعوى المشترى هذه حتى
يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده تسمع دعواه بعد ذلك (ثم يحلف بايعه) على البتات مع انه
فعل الغير ويقال فى كيفية التحليف (بالله لقد باعه وسلمه وما ابق قط) وفى المنح هذا هو الاحوط انتهى لكن فى هذا
الوجه ترك النظر للبايع لان قوله وما ابق قط شامل للاباق من الغاصب اذا لم يعلم منزل مولاه اولم يقدر على الرجوع
اليه وليس بعيب (او بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى) المشترى (او بالله) ما ابق (عندك قط)
كما فى الكنز لكن قال المتأخرون فيه ترك النظر للمشترى لانه لايتناول الاباق من المودع والمستأجر والمستعير

والغاصب لا الى منزل مولاه مع القدرة على الرجوع اليه مع انه عيب (لايحلف) بان يقال (بالله لقد باعه ومابه هذا
العيب) لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وبه يتضرر المشترى (اولقد باعه وسلمه
ومابه هذا العيب) اذ يمكن ان يأول البايع كلامه ويريد ان العيب لم يكن موجودا عند البيع والتسليم معا فيتضرر
المشترى (وفى اباق الكبير) اى اذا كانت الدعوى فى اباق الكبير (يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال) لان الاباق
فى الصغر لايوجب الرد وفى الدرر ينبغى ان يكون الحكم فى البول فى الفراش والسرقة ايضا كذلك لاشتراكها
فى العلة واليه اشار فى الغاية بقوله وذلك لان اتحاد الحالة شرط فى العيوب الثلثة (وعند عدم بينة المشترى على اباقه
عنده) اى المشترى (يحلف البايع عندهما انه مايعلم انه) اى العبد (ابق عنده) اى المشترى لان الدعوى صحيحة
حتى تترتب عليها البينة فكذا اليمين (واختلفوا على قول الامام) فقيل يحلف وقيل لا وهو الاصح لان الحلف
يترتب على دعوى صحيحة ولاتصح الامن خصم ولايصير خصما فيه الابعد قيام العيب (فان نكل) البايع عن اليمين
(على قولهما) ثبت اباقه عند المشترى و (حلف ثانيا) للرد (كما مر) فان بنكوله ثبت العيب عند المشترى هذا فى العيوب
التى لاتظهر للقاضى ولايعرف هى حادثة عند المشترى ام لا واما العيوب التى لايحدث مثلها كالاصبع الزائدة
والناقصة والعمى فان القاضى يقضى بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البايع الا اذا ادعى البايع رضاه وابتنه
بطريقه (ولو قال بايعه بعد التقابض) اى بعد قبض المشترى المبيع والبايع الثمن (بعتك هذا مع اخر وقال المشترى) لا
(بل) بعت هذا (وحده فالقول له) اى للمشترى مع اليمين لان القول للقابض امينا كان اوضمينا كما فى الوديعة والغصب
(وكذا) يكون القول للمشترى (لو اتفقا فى قدر المبيع واختلفا فى المقبوض) لما بيناه من ان القول للقابض (ولو اشترى
عبدين صفقة) اى فى عقد واحد (وقبض احدهما ووجد بالمقبوض او بالاخر عيبا ردهما) اى العبدين جميعا
(اواخذهما) جميعا (ولايرد المعيب وحده) اى ليس للمشترى ان يرده وحده لان فيه تفريق الصفقة قبل التمام
وعن ابى يوسف انه يرد المقبوض خاصة لان الصفقة فيه تمت لتناهيها فيه والاصح الاول لان تمام الصفقة يتعلق
بقبض المبيع وهو اسم للكل (الا ان ظهر العيب بعد قبضهما) لانه تفريق بعد التمام فلا يمنع الرد وحده خلافا لزفر
ووضع المسئلة فى عبدين لكونه مما يمكن الانتفاع باحدهما لانه لولم يمكن كما اذا اشترى خفين ووجد فى احدهما عيبا
لايرد المعيب خاصة اتفاقا لانهما فى المعنى والمنفعة كشئ واحد والمعتبر هو المعنى ولهذا قالوا لو اشترى زوجى
ثور وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا وقد الف احدهما الاخر بحيث لايعمل بدونه لايملك رد المعيب خاصة (ولو) كان
المبيع كيليا اووزنيا من نوع واحد و (وجد ببعض الكيلى اوالوزنى معيبا بعد القبض رد كله اواخذه) اى اخذ كله
بعيبه لانه كالشئ الواحد فليس له ان يأخذ البعض سواء كان قبل القبض او بعده كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه
عيبا بخلاف العبدين وقوله بعد القبض اتفاقى ولو تركه لكان اولى تدبر (وقيل هذا) اى الخيار بين رد الكل اواخذه
(ان لم يكن فى وعائين والا) اى وان كان فى وعائين (فهو كالعبدين) حتى يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب وحده
(ولو استحق بعضه) اى بعض الكيلى اوالوزنى (بعد القبض ليس له رد مابقى بخلاف الثوب) قال صاحب المنح
استحق بعض المبيع فان كان استحقاقه قبل القبض خير فى الكل لتفريق الصفقة وان بعد القبض خير فى القيمى
لا فى غيره لان التبعيض فى القيمى كالثوب عيب فيخير بخلاف المثلى وقال ظهير الدين اذا استحق نصف الدار شايعا
فالمشترى بالخيار عندنا ان شاء رد مابقى ورجع بجميع الثمن وان شاء امسك مابقى ورجع على البايع بثمن المستحق وان
استحق منها موضع بعينه ان كان قبل القبض فهو بالخيار وان بعد القبض فلاخيار له ويرجع بثمن المستحق وقال
الخصاف له ان يرد الكل ويرجع بالثمن وفى شرح الطحاوى اذا اشترى شيأ ثم استحق بعضه فان كان شيأ لايمكن تميزه
الابضرر كالدار والارض والكرم والعبد يتخير المشترى والافلا وان قبض المشترى احد المبيعين فيما اذا وقع البيع
على شيئين فحكمه حكم ماقبل قبضهما فثبت الخيار للمشترى سواء ورد الاستحقاق على المقبوض اوغيره لتفريق
الصفقة قبل التمام (ومداواة) المشترى (المعيب بعد رؤية العيب وركوبه) اى ركوب المعيب بعدها وكذا الاجارة
والرهن والكتابة والعرض على البيع واللبس والسكنى (رضى) لانه دليل الاستبقاء وفيه اشارة الى ان الاستخدام بعد العلم
لايكون رضى استحسانا لان الناس يتوسعون فيه وهو للاختبار كما فى البحر وفى البزازية ان الاستخدام رضى بالعيب
فى المرة الثانية على الصحيح الا اذا كان فى نوع اخر وفى التنوير اشترى جارية لها لبن فارضعت صبياله ثم وجد بها عيبا
كان له ان يردها كما لو استخدمها وفى الغرر اشترى جارية ولم يتبرأ من عيوبها فوطئها اوقبلها اولمسها بشهوة ثم
وجد بها عيبا لم يردها مطلقا ويرجع بالنقصان الا اذا رضى البايع (ولو ركبه لرده على البايع (اوسقيه اوشراء علفه ولابد له
منه فلا) اى لايكون بهذه الاشياء رضى بالعيب للاحتياج اليه قيل الركوب للرد لايكون رضى كيف ما كان وفى البحر ادعى

عيبا في حمار فركبه ليرده وعجز عن البينة فركبه جائيا فله الرد ولو ركب لينظر الى سيرها فهو رضى وفي الفتح وجدبها
عيبا في السفر وهو يخاف على حمله حمله عليها او يرد بعد انقضاء سفره وهو معذور (ولو قطع) العبد (المبيع بعد قبضه)
اى المشترى (اوقتل بسبب) متعلق بقطع وقتل على التنازع (كان عند البايع رده واخذ ثمنه) في صورة القطع يعنى
اشترى عبدا قد سرق عند البايع ولم يعلم به وقت الشراء او القبض فقطعت يده عند المشترى له ان يرده و يأخذ ثمنه
عند الامام وكذا اذا قتل بسبب كان عند البايع لكن في القتل لارد بل اخذ الثمن (وقالا) لا يرده بل (رجع بفضل ما بين
كونه سارقا وغير سارق او قاتلا وغير قاتل ان لم يعلم) المشترى (بالعيب عند الشراء والا) اى وان علم المشترى بالعيب
عند الشراء (فلا) والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده و بمنزلة العيب عندهما لان الموجود في يد البايع سبب القطع
والقتل وهو لا ينافى المالية فينفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه لتعذر الرد وله ان سبب الوجوب حصل
في يد البايع والوجوب يفضى الى الوجود فيضاف الوجود الى السبب السابق وقوله ان لم يعلم بالعيب يفيد على قولهما
لان العلم بالعيب رضى به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع كما في البحر وغيره وظ
كلام المؤلف انه ليس بمخير بين امساكه والرجوع بنصف الثمن وليس كذلك بل هو مخير فله امساكه واخذ نصف
الثمن لانه بمنزلة الاستحقاق لا العيب حتى لو مات بعد القطع حتف انفه رجع بنصف الثمن عنده كالاستحقاق
قيد بكون القطع عند المشترى لانه لو قطعت عند البايع ثم باعه فمات عند المشترى به فانه يرجع بالنقصان عنده ايضا
و بالقطع لانه لو اشترى مريضا فمات منه عند المشترى او عبدا زنى عند البايع فجلد عند المشترى فمات به رجع بالنقصان
عنده ايضا وكذا لو زوج امته البكر ثم باعها وقبضها المشترى ولم يعلم النكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان
البكارة وان كان زوالها بسبب كان عند البايع كما في الفتح (ولو تداولته الايدى) يعنى بعد وجوب سبب القطع
في يد البايع لو تداولته الايدى بالبياعات (ثم قطع في يد) المشترى (الاخير رجع الباعة) جمع بايع واصله بيعة على وزن
نصرة (بعضهم على بعض) عند الامام (كما في الاستحقاق وعندهما يرجع) المشترى (الاخير على بايعه لا) يرجع
(بايعه) اى بايع المشترى (على بايعه) كما في العيب لان المشترى الاخير لم يصر حابسا المبيع حيث لم يبعه ولا كذلك
الاخرون فان البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب كما تقدم (ولو باع بشرط البراءة من كل عيب صح وان) وصلية
(لم يعد العيوب) عندنا لان الجهالة في الابراء لا تفضى الى النزاع وان تضمن التمليك لعدم الحاجة الى التسليم
وقال الشافعى لا يجوز لان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يجوز لان فيه معنى التمليك وهو يؤدى الى تمليك المجهول
و به قال احمد وعند زفر البيع جائز والشرط فاسد اذا كان مجهولا حتى اذا ذكر العيوب وعددها صحت البراءة عنها
كان ابن ابى ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشترى وقد جرت هذه المسئلة بينه و بين
الامام الاعظم في مجلس ابى جعفر الدوانقى فقال له الامام ارايت لو باع جارية في موضع المأتى منها عيب او غلاما
في ذكره عيبا كان يجب على البايع ان يرى المشترى ذلك الموضع منها او منه ولم يزل يعمل به هكذا حتى افحمه وضحك
الخليفة مما صنع به (ويدخل في البراءة) عن العيوب العيب (الحادث قبل القبض عند ابى يوسف) وذكر مع الامام
في المبسوط وفي الخانية انه ظاهر مذهبهما لان المراد لزوم العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة
عن الموجود والحادث (خلافا لمحمد) فانه قال لا يدخل فيه الحادث اذ المتحقق هو البراءة عن العيب الموجود لا على العموم
فلا يدخل المعدوم واجمعوا انه لو ابرأه من كل عيب به لا يدخل الحادث ولو قال ابرأتك من كل عيب وما يحدث لم يصح
اجماعا فاستشكل على قول ابى يوسف لانه مع التنصيص لا يصح فكيف يصححه و يدخله بلا تنصيص ولكن هذا
على رواية الاسبيجابى واما على رواية المبسوط فيصح الاشتراط باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب
الموجب للرد وفي التنوير ابرأه من كل داء فهو على ما في الباطن في العادة وما سواه مرض اشترى عبدا فقال لمن ساومه
اياه اشتره فلا عيب به فلم يتفق البيع فوجد به عيبا رده على بايعه ولا يمنعه من الرد عليه اقراره السابق ولو عينه
بان قال لا عور به لا يرده لاحاطة العلم به قال عبدى هذا آبق فاشتره منى فاشتراه و باع من اخر فوجده الثانى آبقا لا يرده
بما سبق من الاقرار ما لم يبرهن انه ابق عنده باع عبدا وقال البايع للمشترى برئت اليك من كل عيب به الا الاباق فوجده
آبقا فله الرد ولو قال الا الاباقة فوجده آبقا لا مشترى لعبد او امة قال اعتق البايع او دبر او استولد الامة او هو حر الاصل
وانكر البايع حلف فان حلف قضى على المشترى بما قاله لاقراره بما ذكر و رجع بالعيب ان علم به حتى لو قال باعه وهو
ملك فلان وصدقه فلان واخذه لا يرجع بالنقصان وجد المشترى بمشريه عيبا واراد الرد فاصطلحا على ان يدفع البايع
الدراهم الى المشترى جاز وعلى العكس لا يصح رضى الوكيل بالعيب لزم الموكل ان كان المبيع مع العيب يساوى الثمن
والا لا ظهر عيب بمشرى الغائب عند القابض فوضع المبيع عند عدل فاذا هلك هلك على المشترى الا اذا قضى
بالرد على بايعه الله اعلم (* باب البيع الفاسد *) اخره عن الصحيح لكونه عقدا مخالفا للدين لانه معصية يجب باب البيع الفاسد

رفعها وعنونه به وان ذكر فيه الباطل باعتبار كثرة انواعه وغيره يذكر فيه بطريق الاستطراد قال بعض الفضلاء
الفاسد كما يذكر في مقابلة الباطل كذلك يذكر في مقابلة الصحيح فيراد به ما يعم الباطل وهو المراد ههنا انتهى لكن فيه
كلام لانه يلزم منه ان يشمل الصحيح اذا استعمل في مقابلة الباطل ولا وجه له تدبر واعلم ان البيوع على انواع صحيح
وهو المشروع باصله ووصفه و باطل وهو ضده ولا يفيد الملك بوجه وفاسد وهو المشروع باصله دون الوصف
و يفيد الملك اذا اتصل به القبض ومكروه وهو المشروع باصله ووصفه لكن جاوره شئ منهى عنه وموقوف
وهو المشروع باصله ووصفه و يفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير (بيع ما ليس بمال
والبيع) اى بيع الشئ (به) اى جعله ثمنا بادخال الباء عليه كأن يقول بعت هذا الثوب بهذه الميتة مثلا (باطل كالدم
المسفوح (والميتة) التى ماتت حتف انفها لان المخنقة وامثالها مال عند اهل الذمة (والحر) لانعدام ركن البيع
وهو مبادلة المال بالمال لان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد ممن له دين سماوى كما في اكثر الكتب لكن الحر مال في شريعة
يعقوب عليه السلام حتى استرق السارق على ما قالوا فلا ينبغى ان يقال انه لم يكن مالا عند احد كما في القهستانى
(وكذا) يبطل (بيع ام الولد والمدبر) المطلق الا بالقضاء لقيام المالية ولذلك فصله بقوله وكذا كما في الاصلاح
وفي البحر ونفاذ القضاء ببيع ام الولد ضعيف وفي قضاء البزازية الاظهر عدم النفاذ لكن صحح في الفتح النفاذ بقضاء
القاضى تدبر قيدنا بالمطلق لان بيع المقيد جائز اتفاقا وعند الائمة الثلثة بيع المدبر جائز مطلقا (وكذا) يبطل (بيع المكاتب
لانه استحق يدا على نفسه بعقد الكتابة فلا يتمكن المولى من فسخه وفي بيعه ابطال لذلك الاستحقاق اللازم في حق
المولى فلا يجوز (الا ان يجيزه) المكاتب ففيه روايتان اظهرهما الجواز لان رضاه به متضمن تعجيز نفسه (وكذا)
يبطل (بيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير بالثمن) وهو الدراهم والدنانير حالا او مؤجلا لان المقصود في البيع عين المبيع
لانها هى المنتفع بها لا عين الثمن لانها جعلت وسيلة اليه ولهذا يجوز ثبوته في الذمة واذا جعلت الخمر مبيعة تكون
مقصودة وفيه اعزاز والشرع امر باهانتها ولهذا يبطل بيعها (وكذا) يبطل (بيع قن ضم الى حر و زكية ضمت
الى ميتة) ماتت حتف انفها (وان) وصلية (بين ثمن كل) عند الامام لان الحر غير داخل في البيع اصلا لكونه غير مال
و بضمه الى القن جعل شرطا لقبول القن وجعل غير المال شرطا لقبول المبيع مبطل للبيع وكذلك الميتة (وعندهما
يصح) البيع (في العبد والزكية ان بين الثمن) لان الصفقة متعددة معنى بتفصيل الثمن والفساد بقدر المفسد
فلا يتعداه كالو جمع بين اخته واجنبية بالنكاح لكن التنظير ليس بمحله لان النكاح لا يبطل بالشروط المفسدة
ولا كذلك البيع تأمل (وصح) البيع (في قن ضم الى) مملوك له (من مدبر) مطلق او مقيد او مكاتب او ام ولد فالمملوك
اعم خلافا لزفر (او) ضم (الى قن غيره) اى غير البايع (بالحصة) اى صح بحصة من القن في الصورتين وان لم يبين
الحصة لان بيع المدبر وام الولد جائز بالقضاء و بيع المكاتب برضاه كما بيناه فيصير محلا للبيع فدخلوا ابتداء في العقد
ثم خرجوا عنه لاستحقاقهم انفسهم باتصال الحرية بهم من وجه فصار جمع العبد مع كل منهم بمنزلة بيع عبدين
استحق احدهما و بيع قن الغير يجوز موقوفا فيصير محلا للبيع وفي الحقايق الجمع بين العبد ومعتق البعض كالجمع
بين العبد والحر (وكذا) صح البيع (في ملك ضم الى وقف في الصحيح) بالنظر الى اصله الذى هو حبس العين على ملك
الواقف فيجوز بيع الملك المضموم اليه بحصته وقيل لا يصح وفي الفرائد هذا في غير المسجد اما في المسجد فلا يصح
في الملك المضموم اليه فلهذا لا يصح بيع قرية لم يستثن منها المساجد والمقابر انتهى وفيه كلام لانه يصح في الملك
بصرف الكلام الى الاستثناء المعنوى وهو الاصح كما في المحيط تدبر و بيع العرض اى غير الثمن (بالخمر او بالعكس والاولى
و بالعكس بالواو) اى بيع الخمر بالعرض (فاسد) في العرض فيملكه بالقبض فتجب قيمته لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة
المال بالمال فان الخمر عند البعض مال ولا يملك الخمر لبطلان البيع في الخمر حتى لو هلكت عند المشترى لا يضمن لانها غير
متقومة عند الشرع (وكذا بيعه) اى بيع العرض (بالخنزير) فاسد في العرض باطل في الخنزير كما في الخمر ولم يذكر بيع الخنزير
بالعرض وفي التسهيل وغيره فسد لو قوبل خمرا وخنزيرا وشعره بعين سواء بيعت به او بيع بها اذا امكن جعل العين
مقصودا انتهى فعلى هذا لو قال بيع الارض بالخمر او بالخنزير و بالعكس لكان اخصر واولى تدبر (ولا يجوز بيع طير
في الهواء) ومعناه ان يأخذ صيدا ثم يرسله من يده ثم يبيعه وانما قيدناه بذلك لان بيع الطير في الهواء قبل ان يأخذه
باطل كما في البحر هذا اذا كان الطير يطير ولا يرجع اما اذا كان له وكر عنده يطير منه في الهواء ثم يرجع اليه جاز بيعه
والحمام اذا علم عودها وامكن تسليمها جاز بيعها لانها مقدورة التسليم كما في التبيين وغيره فعلى هذا لو قيده بقوله
لا يرجع لكان اولى تدبر (ولا) يجوز بيع (سمك لم يصد) لانه بيع ما لا يملكه كما في اكثر الكتب وهذا التعليل يفيد بطلانه
لما تقرر من ان بيع ما لا يملكه باطل لا فاسد لكن محل وقوعه فاسدا ان كان بالعرض لانه مال متقوم لان التقوم بالاحراز

ولا احراز كما فى المنح وفيه كلام لانه ينبغى ان يبطل لان السمك الذى لم يصد ليس بمال اصلا والبيع بط فيه مطلقا كما قال بعض الفضلاء (اوصيد والقى فى حظيرة لايؤخذ منها بلا حيلة) فانه فاسد للعجز عن التسليم (اودخل اليها) اى مسوقا الى الحظيرة (بنفسه ولم يسد مدخله) فانه لايجوز وفى الزاهدى اذا اجتمعت بنفسها فبيعها باطل كيف ما كان لعدم الملك (وان صيد والقى فيها) اى فى الحظيرة (وامكن اخذه) اى السمك (بلا حيلة صح) بيعه لكونه مقدور التسليم لكن اذا سلمه الى المشترى فله خيار الرؤية قيل هذا اذا لم يهيء الحظيرة اوالارض للاصطياد اما اذا هيأها له يملكها بلا خلاف (ولا) يجوز (بيع الحمل والنتاج) وفى الدرر جعل بيع النتاج باطلا وبيع الحمل فاسدا لان عدم الاول مقطوع به وعدم الثانى مشكوك فيه انتهى لكن فى البحر وغيره والحمل بسكون الميم بمعنى الجنين والنتاج حبل الحبلة والبيع فيهما بط لنهيه عليه السلام عن بيعهما تدبر (و) لايجوز بيع (اللبن فى الضرع) فانه فاسد للغرر لاحتمال كونه انتفاخا ولانه تنازع فى كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره كما فى المنح لكن فيه كلام لانه فى صورة كونه انتفاخا يقتضى ان يكون بيعه باطلا لانه مشكوك الوجود فلا يكون مالا تأمل قال يعقوب باشا وعلى هذا ينبغى ان لايجوز بيع الشئ الملفوف الموصوف لانه يحتمل ان لايوجد شئ او وصفه المذكور مع انهم صرحوا بجوازه انتهى وفيه كلام لان عدم وجدان الوصف المذكور لايقتضى كون الاخر ان لايكون مالا والشئ يقتضى المالية والانتفاخ ليس بمال والقياس غير جائز تدبر (وكذا) لايجوز بيع (اللؤلؤ فى الصدف) فانه فاسد للغرر وهو مجهول لايعلم وجوده ولاقدره ولايمكن تسليمه الا بضرر وهو الكسر كما فى المنح لكن فى تعليله كلام لان المجهول الذى لايعلم وجوده يقتضى ان يكون بيعه باطلا تأمل (والصوف على ظهر الغنم) لورود النهى عنه ولانه يزيد من الاسفل بغير انقطاع فيختلط الغير بالمبيع وفى شراح الوقاية و يعود صحيحا ان قلع انتهى لكن فى السراج لو سلم الصوف بعد العقد لم يجز ايضا ولاينقلب صحيحا تأمل (خلافا لابى يوسف فيهما) فانه يجوز بيع اللؤلؤ فى الصدف لتيسر التسليم ولاضرر بالكسر لان الصدف لاينتفع به الا بالكسر ولكن يخير لعدم الرؤية وكذا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لقدرة التسليم (ولا) يجوز (بيع اللحم فى الشاة) لاحتمال ان يكون مهزولا اوسمينا فيفضى الى النزاع (و) لايجوز بيع (ضربة القانص) وهو بالقاف والنون الصايد يقول بعتك مايخرج من القاء هذه الشبكة مرة بكذا وقيل بالغين والباء قال فى تهذيب الازهرى نهى عن ضربة الغايص وهو الغواص بان يقول اغوص غوصة فما اخرجته من اللالى فهو لك بكذا وهو بيع بط لعدم ملك البايع المبيع قبل العقد فكان غررا ولجهالة مايخرج وتمامه فى البحر فليراجع (و) لايجوز بيع (جذع) يعنى الجذع المعين لان غير المعين لايعود صحيحا كما فى الاصلاح (فى سقف وذراع من ثوب) يضره التبعيض كالقميص (وان) وصلية (ذكر قطعه) لانه لايمكن تسليمه الا بضرر وقيدنا بالضرر لانه لوكان ممالايضره التبعيض كالكرباس فيجوز وقول الطحاوى فى آجر من حائط وذراع من كرباس اوديباج لايجوز ممنوع فى الكرباس اومحمول على كرباس يتعيب به واما مالايتعيب فيه فيجوز كما فى البحر (فلو قلع الجذع) المعين (اوقطع الذراع وسلم قبل الفسخ عاد صحيحا) لزوال المفسد قبل التقرر بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وذبحه وسلمه حيث لايعود صحيحا وبخلاف ما اذا باع بزرا فى بطيخ ونحوه حيث لايصح وان شقه واخرج المبيع (ولا) يجوز بيع (المزابنة) ولوفيما دون خمسة اوسق خلافا للشافعى (وهى بيع الثمر) بالثاء المثلثة (على النخل بتمر) بالتاء المثناة (مجذوذ) اى مقطوع والمزابنة بيع التمر فى رؤس النخل بالتمر من الزبن وهو الدفع كما فى البحر (مثل كيله خرصا) اى حرزا وظنا لاحقيقيا لانه لوكان مثله كيلا حقيقيا لم يبق ما على الرأس تمرا بل تمرا مجذوذا كالذى يقابله من المجذوذ وانما لم يجز لنهيه عليه السلام عن بيع المزابنة لان الجهالة فى المماثلة تفضى الى الربا وبيع العنب بالزبيب على هذا وفى المنح وفيه كلام لانه فسر المزابنة بما سمعت من بيع الثمر بالمثلثة على رأس النخل بتمر بالمثناة وهو خلاف التحقيق لان الثمر بالمثلثة حمل الشجر رطبا كان او بسرا اوغيره واذا لم يكن رطبا جاز لاختلاف الجنس والاولى ان يقال بيع الرطب بتمر (و) لايجوز بيع (المحاقلة وهى بيع البر فى سنبله ببر مثل كيله خرصا) لنهيه عليه السلام عنها ايضا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لوكانا موضوعين على الارض (ولا) يجوز (البيع بالملامسة والمنابذة والقاء الحجر بان يتساوما سلعة فيلزم البيع او لمسها) اى السلعة (المشترى) وهذا بيع الملامسة (اووضع) المشترى (عليها حجرا) وهو البيع بالقاء الحجر (اونبذها) اى السلعة (اليه) اى الى المشترى (البايع) وهذا البيع بالمنابذة هذه بيوع كانت فى الجاهلية فنهى عنها وقال صاحب الفرائد لواخر قوله او وضع عليها حجرا عن قوله اونبذها لكان النشر على ترتيب اللف لكنه جعله مشوشا ولابد من نكتة انتهى والنكتة المناسبة بان اللمس والوضع من قبل المشترى والمنابذة من قبل البايع

واواخره للزم الخلط والتفصيل تدبر (ولا) يجوز (بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع (الا بشرط ان يأخذ) المشترى (ايهما شاء) فيجوز لاشتراطه خيار التعيين كما بيناه فى موضعه (ولا) يجوز (بيع المراعى) جمع المرعى ولوافرد كما افرد البعض لكان اخصر والمراد بالمرعى الكلاء النابت فى ارض غير مملوكة اوفى ارض البايع بدون تسبب منه قيدنا به لانه لو تسبب فى ذلك بان سقى الارض اوهيأها للانبات جاز له بيع كلائها لانه ملكه حتى لو احتشه انسان بغير اذنه كان له استرداده وقيل لايجوز بيعه لانه ليس بملكه لان الشركة فيه ثابتة بالنص وهو قوله عليه السلام الناس شركاء فى ثلث فى الماء والكلاء والنار (ولا اجارتها) اى لاتجوز اجارة المراعى التى هى الكلاء لان اجارتها تقع على استهلاك عين غير مملوكة ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لاتجوز وهذا اولى وانما فسرنا المرعى بالكلاء وجعلناه من اطلاق اسم المحل على الحال لان بيع رقبة الارض واجارتها جائزة بالاجماع كما فى الشمنى وفى القهستانى المراعى بكسر العين جمع المرعى بفتحها وهو الرعى بكسر الراء الكلاء رطبا اويابسا كما فى الصحاح وغيره فمن الظن انه من ذكر المحل وارادة الحال تتبع (ولا) يجوز بيع (النحل) بفتح النون وسكون الحاء المهملة حيوان يحدث منه العسل (بلا كواراة) جمع كوارة بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل اذا سوى من طين وهذا عند الشيخين لكونه من الهوام فلا ينتفع بعينه بل بما يخرج عنه فلا يكون نفسه مالا متقوما والشئ انما يصير مالا لكونه منتفعا به حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخى كما فى الهداية وفى التبيين لو باعه مع الكوارة صح تبعا لها ذكره القدورى فى شرحه وذكره الكرخى انه لايجوز بيعه مع العسل والمتبادر من المتن جواز بيع النحل اذا انضم مع الكوارات وان لم يكن فيها عسل مع ان جوازه اذا كان فيها ذلك عند الشيخين على ما فى التبيين بما ذكره القدورى تدبر (خلافا لمحمد) فيجوز بيع نفسه بلا كوارة اذا كان محرزا اى مجموعا وهو قول الائمة الثلثة لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا (ولا) يجوز بيع (دود القز وبيضه) عند الامام لانه من الهوام (وعند ابى يوسف يجوز) البيع (فى الدود اذا كان مع القز) يعنى اذا ظهر منه القز يجوز البيع تبعا له (وفى البيض عنه) اى عن ابى يوسف (قولان) فى قول يجوز بيع بيضه مطلقا لمكان الضرورة وهو مع محمد وفى قول لايجوز وهو مع الامام فيه (وعند محمد) وهو قول الائمة الثلثة (يجوز بيعهما مطلقا) لكونه منتفعا به (وهو المختار) للفتوى وفى البحر ولكن يرد عليه ان الفتوى على قول محمد فى بيع النحل ايضا كما فى الذخيرة والخلاصة وغيرهما فلم اختار فى قوله فى الدود دون النحل بلا ترجيح تدبر (ولا) يجوز (بيع الآبق) لورود النهى ولعجزه عن التسليم (الا ممن يزعم انه) اى الآبق (عنده) فانه ح يجوز لان المنهى بيع آبق فى حق المتعاقدين وهو غير آبق فى حق المشترى ولانه انتفى العجز لكونه مقبوضا وصرح بفساد هذا البيع فى الدرر وغيره لكن فى البحر صرح ببطلانه لانعدام المحلية ولو باعه ثم عاد من الاباق لايتم ذلك العقد وعن هذا قال (فان عاد قبل الفسخ لاينقلب صحيحا) وهو ظاهر الرواية وبه كان يفتى ابو عبدالله البلخى لكونه وقع باطلا (وقيل ينقلب صحيحا) ويتم العقد المزبور على القول بالفساد وهذا رواية عن الامام لزوال المانع عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع هكذا يروى عن محمد كما فى الهداية ورجح فى الفتح القول بالفساد (ولا) يجوز بيع (لبن امرأة) سواء كانت حرة اوامة (ولو) للوصل (بعد الحلب) لانه جزء الآدمى وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع واما بيع نفس الامة فلان لاختصاصه بالحى ولاحيوة فى لبنها وقال الشافعى يكون اللبن محلا للبيع لكونه مشروبا طاهرا (وعند ابى يوسف يصح فى لبن الامة) اعتبارا لبيعها وفى الهداية وغيرها ولافرق فى ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابى يوسف انه يجوز بيع لبن الامة انتهى فعلى هذا ينبغى للمص ان يقول وعن ابى يوسف لان قوله عند ابى يوسف يقتضى الظاهر تأمل وفى التسهيل واختلف المشايخ فى حل الامة لو شراها بانها حبلى صح عند البعض لاعند البعض وصح بان المبيعة حلوب (ولا) يجوز بيع (شعر الخنزير) لانه محرم فيبطل لنجاسته (ولكن يباح الانتفاع به) اى بشعر الخنزير (للخرز) ونحوه (للضرورة) الخرز بفتح الخاء المعجمة وسكون الراء المهملة بعدها زاء معجمة مصدر خرز الخف وغيره فيستعمله الخفاف فى زمانهم وكذا تستعمله النسوان لتسوية الكتان لان غيره لايعمل عمله وعلى هذا قيل اذا لم يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لايطيب للبايع وقيل هذا اذا كان منتوفا فالمقطوع يكون طاهرا (ويفسد شعر الخنزير الماء القليل عند ابى يوسف) وهو المختار (لا) يفسده (عند محمد) لان اطلاق الانتفاع به بدليل طهارته ولابى يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا فى حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها (ولا) يجوز (بيع شعر الآدمى ولا الانتفاع به ولا بشئ من اجزائه) لان الآدمى مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شئ من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد فى قرون النساء وذوائبهن وعن محمد انه

يجوز الانتفاع به استدلالا بما روى انه عليه السلام حين حلق رأسه قسم شعره بين اصحابه رضى الله عنهم وكانوا يتبركون به ولو لم يجوز الانتفاع به لما فعل لكن فيه مافيه تتبع (ولا) يجوز (بيع جلود الميتة قبل الدباغ) لانها غير منتفع بها وليست بمال لنجاستها فيبطل بخلاف الثوب والدهن المتنجس فانها عارضة (ويجوز) بيعها (بعده) اى بعد الدباغ (وينتفع به) اى بالجلد المدبوغ الدال عليه الجلود فلا يرد ماقيل من ان الظ ان يكون الضمير مؤنثا وانما ينتفع به لكونه ظاهرا بعده (ويباع عظمها) اى الميتة (وينتفع به) اى بعظمها (وكذا عصبها وقرنها وصوفها وشعرها ووبرها) لطهارة هذه المذكورات اذ لاحيوة فيها حتى يحل الموت بها القرن من الوبر ولو قدم على الصوف لكان اقرب وكذا لو قدم الشعر على الصوف لكان انسب (وكذا) يباع (عظم الفيل) عند الشيخين فان الفيل عندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قالوا هذا اذا لم يكن على العظم واشباهه دسومة اما اذا كانت فهو نجس (خلافا لمحمد) فانه نجس العين عنده كالخنزير حرمة وصورة والمختار قولهما (ولا يجوز بيع علو سقط) اى يبطل بيع موضع العلو بعد سقوطه سواء سقط بيت السفل اولا اذ بعد انهدامه لايبقى له الاحق التعلى وهو ليس بمال لان المال مايمكن احرازه فالبيع لم يصادف محله فيكون لغوا بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا فى رواية وانما قيدنا بعد سقوطه لان البيع قبله يجوز نظرا الى البناء القائم فيه وان سقط العلو بعد البيع قبل التسليم يبطل البيع لهلاك المبيع قبل التسليم (ولا) يجوز بيع (المسيل ولا هبته) لان رقبة المسيل مجهول لان مقدار مايشغله الماء من الارض يختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو بين حدوده وموضعه جاز وان اريد بالمسيل التسييل فان كان على السطح كان حق التعلى وقدمر بطلانه وان كان على الارض كان مجهولا بجهالة محله (وصحا) اى البيع والهبة (فى الطريق) لان رقبة الطريق معلوم وان لم يبين فقدر بعرض باب الدار فيجوز فيه البيع والهبة ففى بيع حق المرور روايتان وجه البطلان انه ليس بمال ووجه الصحة الاحتياج اليه وهو حق معلوم متعلق بعين باق وصح بيع حق المرور تبعا للارض بالاجماع ووحده فى رواية (ولا) يجوز (بيع شخص على انه امة فاذا هو عبد) وكذا عكسه استحسانا والقياس جوازه وهو قول زفر لان الاختلاف بالذكورة والانوثة اختلاف بالوصف لانهما وصفان فى الحيوان واختلاف الوصف يوجب الخيار لا الفساد كما فى البهائم وجه الاستحسان ان الذكر والانثى من بنى آدم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت فى المقاصد فان المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الامة الاستخدام داخل الدار كالاستفراش والاستخدام وغيرهما فباختلاف المقاصد صارا جنسين مختلفين (ولو باع كبشا فاذا هو نعجة صح ويخير) وجه الصحة لانه لاتفاوت فى المقصود فان المقصود منه اللحم والحمل والركوب ونحو ذلك فالانثى والذكر يصلحان لذلك فكانا جنسا واحدا فتعلق العقد بالمشار اليه اعلم ان مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى اذا اختلف المسمى والمشار اليه لان التسمية ابلغ فى التعريف من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات والتسمية لاعلام الماهية وهو امر زائد على اصل الذات فكان ابلغ فى التعريف ويحتاج فى مقام التعريف الى ماهو ابلغ فيه فكانت الاشارة اولى بالاعتبار فى متحدى الجنس لان المسمى موجود فى المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه فامكن الجمع بينهما بان يجعل الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب فثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه بخلاف مختلفى الجنس لان المسمى فيه مثل المشار اليه وليس بتابع فلا يمكن ان يجعل احدهما تبعا للآخر فيعتبر الاعرف عند تعذر الجمع بينهما وهذا هو الاصل فى العقود كلها كالاجارة والنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال كما فى التبيين (ولا) يجوز (شراء ماباع) البايع او وكيله من سلعة او غيرها (باقل مما باع) من الثمن (قبل نقد) كل (الثمن) الاول او بعضه وان بقى من ثمنه درهم كما فى السراج صورتها باع جارية مثلا بالف حالة او نسئة فقبضها المشترى ثم اشتراها البايع من المشترى قبل نقد الثمن الاول بالاقل فالبيع الثانى فاسد عندنا وقال الشافعى يجوز وهو القياس لان الملك فيه قدتم بالقبض فيجوز بيعه باى قدر كان من الثمن كما اذا باعه من غير البايع او منه بمثل الثمن الاول او باكثر او بعرض او باقل بعد النقد وانما منعنا جوازه استدلالا بقول عايشة الصديقة رضى الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئس ماشريت واشتريت ابلغى زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل فى ضمانه فاذا وصل اليه المبيع وقعت المقاصة بقى له فضل بلا عوض بخلاف ما اذا باع بعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وانما ترك فاعل الشراء ليشمل شراء من لاتقبل شهادته للبايع كالاصول والفروع ومكاتبه فهو ايضا بمنزلة شراء البايع عند الامام خلافا لهما فى غير العبد والمكاتب وكذا الحكم لو باعه وكالة عن غيره او اشتراه بطريق الوكالة لغيره اذا كان هو البايع ومحل كلامه شراء الكل

اوالبعض وخرج شراء وارث البايع ووكيله عند الامام خلافا لهما واما شراء البايع ممن اشترى من مشتريه او الموهوب له او الموصى له فجائز اتفاقا وقيد بما باع لان المبيع اذا انتقص وتغير بعيب جاز ولابد من عدم الجواز من اتحاد جنس الثمن فان اختلف جاز مطلقا والدراهم والدنانير جنس واحد هنا (وكذا شراؤه) اى لايجوز شراء ماباع البايع او وكيله حال كون ماباع (مع غيره بثمنه الاول قبل نقده ويصح فى الغير بحصته) صورتها باع جارية بخمسمائة وقبضها المشترى ثم اشتراها وجارية اخرى معها قبل نقد الثمن بخمسمائة فان الشراء فى التى لم يبعها منه صحيح وفى الاخرى وهى التى باعها منه فاسد لانه لابد ان يجعل الثمن بمقابلة التى لم يبعها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع ضرورة ولايسرى الفساد لضعفه لانه مجتهد فيه فيقصر على محله فلا يتعداه كما فى الجمع بين عبد ومدبر (ولا يجوز شراء زيت) دهن الزيتون (على ان يزنه بظرفه) اى بشرط وزنه معه (وان يطرح عنه) اى عن الزيت (لكل ظرف مقدار معين) كخمسين رطلا لان هذا شرط لايقتضيه العقد لان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف فاذا طرح مقدار خمسين رطلا مثلا يحتمل ان يكون اكثر من الظرف او اقل لا اذا عرف وزنه خمسون رطلا فحينئذ يجوز (وان شرط طرح مثل وزن الظرف يصح) لانه شرط يقتضيه العقد (وان اختلفا) اى البايع والمشترى (فى الظرف وقدره) فقال المشترى الظرف هذا وهو عشرة ارطال وقال البايع غير هذا وهو خمسة ارطال (فالقول للمشترى) مع يمينه لانه ان اعتبر اختلافا فى تعيين الظرف المقبوض كما هو الظ وقدر الزيت فالقول له لانه قابض والقول للقابض امينا كان او ضمينا وان اعتبر اختلافا فى قدر الثمن فكذا القول له لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان لان اختلافهما فى الثمن ثبت تبعا لاختلافهما فى الزق والاختلاف فى الزق لايوجب التحالف لانه ليس بمعقود به ولا معقود عليه فكذا الاختلاف فيما ثبت تبعا لان حكم التبع لايخالف حكم الاصل (ولوامر) مسلم (ذميا ببيع خمر او شرائها صح) اى يجوز توكيل المسلم ذميا ببيع الخمر وشرائها عند الامام لان الوكيل فيما وكل به يتصرف بتصرف الاصل لاهليته لالنيابته وانتقال الملك الى الآمر حكمى فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما (خلافا لهما) لان عندهما لايجوز اذ الوكيل نائب عن موكله فما تصرف فيه عائد اليه فمباشرته كمباشرته وذا لايجوز فيما نحن فيه اذ لا ولاية لمسلم فى بيعها ولا فى شرائها والتوكيل مبنى على الولاية فيما وكل به غيره وعلى هذا الخلاف الخنزير وقد روى عن الامام تكره اشد مايكون من الكراهة ثم ان كان خمرا يخللها وان خنزيرا يسيبه (وكذا) اى على هذا الخلاف (لوامر المحرم غيره ببيع صيده) الذى اصطاده قبل الاحرام يجوز التوكيل عند الامام خلافا لهما (ولو شرى كافر عبدا مسلما او مصحفا صح ويجبر على اخراجهما من ملكه) اى من ملك الكافر دفعا للذل من جهة وقال الشافعى لايجوز اذ لا من جهة مملوكيتها للكافر قيد بالشراء لان الكافر استأجر مسلما للخدمة جاز اتفاقا ولكن يكره (والبيع بشرط يقتضيه العقد صحيح كشرط) كون (الملك للمشترى) وشرط تسليم المشترى الثمن وشرط تسليم البايع المبيع لان مثل هذا الشرط لايزيد شيأ بل يؤكد موجب العقد (وكذا) يصح (بشرط لايقتضيه) العقد (ولا نفع فيه لاحد من المتعاقدين والمبيع المستحق للنفع بان يكون آدميا (كشرط ان لايبيع الدابة المبيعة) بان قال بعت هذه الدابة منك على ان لاتبيعها او تسيبها فى المرعى لان هذا الشرط لايؤدى الى النزاع ولا يحتمل الربوا لعدم النفع الزائد فيصح العقد ويبطل الشرط وهو ظاهر من المذهب وعن ابى يوسف انه يفسد البيع قيل هذا مثال لعدم النفع للعاقدين مع منفعة للمعقود عليها لكن ليست من اهل الاستحقاق وكذا يصح بشرط ملايم للعقد كشرط ان يرهنه المشترى شيئا معينا او يعطيه كفيلا معينا لان هذا لايفسد بل يؤكد وان كانا غير معينين يفسد ان للمنازعة وكذا يصح بشرط لايلايم العقد لورود النص على جوازه كالخيار والاجل رخصة وتيسيرا (ولو) كان البيع (بشرط لايقتضيه العقد وفيه نفع لاحد العاقدين) اى البايع والمشترى (او لمبيع يستحق) بالنفع بان يكون آدميا (فهو) اى هذا البيع (فاسد) لما فيه من زيادة عرية عن العوض فيكون ربوا وكل عقد شرط فيه الربوا يكون فاسدا وفى شرح المجمع انما يفسد البيع بشرط اذا ذكره بكلمة على واما اذا ذكره بحرف الشرط كما اذا قال بعت ان كنت تعطينى كذا فالبيع بط (كبيع عبد على ان يعتقه المشترى او يدبره او يكاتبه او) كبيع (امة على ان يستولدها) المشترى لان هذه شروط لايقتضيها العقد وفيه منفعة للمعقود عليه فيفسد به (فلو اعتقه) اى العبد (المشترى) بعد ما اشتراه بشرط العتق (عاد البيع صحيحا) استحسانا (فيلزم) على المشترى (الثمن) عند الامام (وعندهما لايعود) صحيحا (فيلزم على المشترى (القيمة) وهو القياس لان العقد فسد بالشرط اعتق اولم يعتق فلا يعود صحيحا كما اذا تلف بوجه آخر وهو رواية عن الامام وجه الاستحسان ان الشرط وان لم يلايم العقد لذاته لكن شرط العتق من حيث الحكم يلايمه لانه منه للملك والشئ بانهائه يتقرر ولهذا لايمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم تتحقق الملايمة

فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملايمة فترجح جانب الجواز فيعود صحيحا وفى الحقايق الخلاف فيما اذا اعتقه المشترى بعد القبض واما قبله فلا يصح الاعتاق (وكشرط ان يستخدمه) اى العبد (البايع شهرا او يسكنها) اى الدار المبيعة (او لا يسلمه) اى المبيع (الى رأس الشهر) متعلق بيسكنها ولا يسلمه على طريق التنازع (او يقرضه المشترى درهما او يهدى له) المشترى (هدية) هذه امثلة شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للبايع (او) تشرط (ان يقطع البايع الثوب ويخيطه قباء او قميصا او يحذو النعل) يعنى لو اشترى جلدا على ان يحذوه البايع نعلا للمشترى يقال حذا لى نعلا اى عملها (او يشركه) اى النعل من التشريك وهو وضع الشراك على النعل وهو السير الذى على ظهر القدم كذا فى المغرب هذه امثلة شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشترى فيفسد ولانه ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو اجارة مشروطة فى بيع وان لم يكن فى مقابلته شئ فهو اعارة مشروطة فيه وقد ورد النهى عن صفقة فى صفقة (ويصح فى النعل استحسانا) للتعامل لان التعامل يرجح على القياس لكونه اجماعا عمليا والقياس عدم الجواز وهو قول زفر (ولا يجوز بيع امة الا حملها) لان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وتمامه فى الهداية (ولا) يجوز (البيع الى النيروز) وهو اول يوم من نزول الشمس فى برج الحمل وابتداء ربيع (والمهرجان) وهو اول يوم من نزول الشمس فى الميزان وابتداء خريف (وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يعلم العاقدان) مقدار (ذلك) المذكور من النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود لان النيروز والمهرجان لا يتعينان الا بظن وممارسة بعلم النجوم فربما يقع الخطأ فيكون مجهولا فيؤدى الى النزاع وكذا صوم النصارى وفطر اليهود يكونان مجهولا لان النصارى يبتدؤن ويصومون خمسين يوما فيفطرون فيوم صومهم مجهول واما فطرهم بعد ما شرعوا فى صومهم فمعلوم فلا جهالة فيه ولا فساد واليهود يصومون من اول شهر الى تمام عشرين من شهر اخر ثم يفطرون فيوم صومهم وفطرهم مجهول لاختلافهما باختلاف عدة شهر هذا اذا لم يعرف العاقدان هذه الآجال وكذا اذا لم يعرف احدهما اما اذا كان ذلك معلوما عندهما فيجوز البيع لعدم النزاع (ولا يجوز البيع الى الحصاد) بفتح الحاء المهملة وكسرها وقت قطع الزرع (والدياس) بكسر الدال المهملة وقت وطئ الدواب الحنطة وغيرها (والقطاف) بكسر القاف والفتح لغة فيه وقت قطع العنب من الكرم (والجزاز) بكسر الجيم وفتحها وقت جز الصوف من ظهر الغنم وقيل جزاز النخل وفى الهداية بازاء وذكر الزيلعى انه بالذال المعجمة عام فى قطع الثمار وبالمهملة خاص فى النخل (وقدوم الحاج) اى وقت مجئ الحاج وانما لم يجز البيع الى هذه المذكورات لعدم تيقن اوقاتها لانها تتقدم وتتأخر (وتصح الكفالة الى هذه الاوقات) لكون الجهالة يسيرة لان الكفالة تتحمل الجهالة اليسيرة فى اصل الدين اذ تجوز الكفالة بمال غير معين ففى الوصف اولى وفى التسهيل وفى النذر يتحمل الجهالة ولو فاحشة بخلاف البيع فانه لا يتحملها فى اصل الثمن فكذا فى وصفه قيد بهذه الاوقات لانه لو كفل الى هبوب الريح فهى باطلة لانها متفاحشة (فان اسقط) من له (الاجل) (الاجل المفسد) للبيع (قبل حلوله) اى قبل مجئ الاجل المفسد وقبل التفرق (صح) البيع لزوال المفسد وهو النزاع قبل دخول وقته مع ان الجهالة ليست فى صلب العقد بل فى شرط زائد فيمكن اسقاطه خلافا لزفر والشافعى اذ العقد عندهما بعد فساده لا ينقلب صحيحا اصلا وقيدنا بقولنا قبل التفرق لانه لو تفرقا قبل الابطال تأكد الفساد ولا ينقلب صحيحا اتفاقا كما فى شرح المجمع (وكذا لو باع مطلقا) عن هذه الآجال (ثم اجل الى هذه الاوقات) فانه يصح لان هذا تأجيل الدين لا الثمن فالدين هنا فى التحمل بمنزلة الكفالة وفى القنية باع بالف نصفه نقد ونصفه الى رجوعه من دستان فهو فاسد والفتوى على انصرافه الى شهر كما فى البحر (ومن باع نصيبه من دار يجوز) البيع (ان علمه) اى النصيب منها (المتعاقدان) علم مقدار نصيبه شرط عند الامام لان الجهالة تفضى الى المنازعة فلا يجوز (خلافا لابى يوسف) فان عنده يجوز مطلقا سواء علما اولا لانهما رضيا بالجهالة فلا تفضى الى المنازعة (ويكفى علم المشترى عند محمد لان جهالة المبيع تضره لا البايع فيشترط علمه وكذا شراء الدار بفنائها فاسد عند الامام لجهالة المقدار خلافا لابى يوسف*) فصل (*لما ذكر البيع الفاسد والباطل ذكر حكمهما عقيبهما لان حكم الشئ اثره واثر الشئ يتبعه وجودا وكذا يتبعه ذكرا للمناسبة (قبض المشترى المبيع بيعا باطلا باذن بايعه لا يملكه) لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال والمبيع الباطل لا يعد مالا وفى الفرائد ان قوله قبض لو قرئ على لفظ الفعل المبنى للفاعل يلزم ان يكون حرف الشرط محذوفا تقديره ولو قبض ويكون قوله لا يملكه جوابه والاحسن ان يقرأ مصدرا مرفوعا على الابتداء مضافا الى المشترى ويكون قوله لا يملكه على صيغة المبنى للفاعل من التفعيل خبره والضمير البارز راجعا الى المشترى وفاعله المستكن فيه راجعا الى القبض انتهى لكن لا يخلو عن التعسف فيه والاولى قوله يملكه جواب الشرط المحذوف

فصل

بقرينة التقابل وهو قوله ولو قبض المبيع بيعا باطلا اه تدبر (وهو) اى المبيع (امانة فى يده عند البعض) فلا يضمن لو هلك فى يد المشترى لان العقد غير معتبر فبقى القبض باذن المالك فيكون امانة فى يده (ومضمون عند البعض) الاخر لانه ادنى حالا من المقبوض على سوم الشرى (وقيل الاول) اى كونه امانة (قول الامام والثانى) اى كونه مضمونا (قولهما اخذا) اى اخذ صاحب القيل كون الاول قوله والثانى قولهما (من الاختلاف فيما لو بيع مدبرا وام ولد فمات فى يد مشتريه حيث لا يضمن عنده خلافا لهما) ففهم صاحب القيل ان كل مبيع بيعا باطلا فهو على هذا الخلاف فقال الاول قوله والثانى قولهما (ولو قبض المبيع بيعا فاسدا باذن بايعه صريحا) كقبض المشترى المبيع بامره فى المجلس او بعده على الرواية المشهورة (او دلالة كقبضه فى مجلس عقده) ولم ينهه البايع عنه قبل الافتراق (وكل) اى والحال ان كل واحد (من) المبيع والثمن (عوضيه) اى البيع (مال) خرج بهذا القيد البيع الباطل ولا شك ان الباطل خرج اولا فى البيع الفاسد فلا حاجة الى اخراجه ثانيا وقال صاحب البحر اللهم الا ان يقال ان بعض البيوع الباطلة اطلقوا عليها اسم الفاسد فربما يتوهم ان المبيع فيها يملك بالقبض فصرح بما يخرجها انتهى لكن هذا يكون جوابا لما وقع فى الكنز ولا يكون جوابا لما فى هذا المتن لان المص بين اولا حكم البيع الباطل ثم شرع فى بيان حكم الفاسد فلا يقال هنا ان المراد بالفاسد ما هو الباطل او اعم بل هو مستدرك تدبر (ملكه) اى المقبوض بالبيع الفاسد وقال الشافعى البيع الفاسد لا يفيد الملك بالقبض قيد به لانه بدون القبض لا يفيد الملك اتفاقا لان السبب ضعيف لا يفيد الملك اذا لم يتقو بالقبض كالهبة وقيد باذن البايع لان القبض لو لم يكن باذنه لا يفيد الملك اتفاقا وانما ذكر الاذن دون الرضى لانه لا يشترط فى بعض افراده كبيع المكره كما لا يخفى وللشافعى انه بيع محظور فلا يكون سببا للملك الذى هو نعمة ولنا ان البيع الفاسد مشروع باصله لانه مبادلة مال بمال فيفيد الملك بهذا الاعتبار (ولزمه) اى المشترى بو او الاعتراض لا العطف على ملكه كما فى القهستانى (اهلاكه) اى وقت هلاك المبيع فى يد المشترى (مثله) اى المبيع (حقيقة) اى صورة ومعنى فى ذوات الامثال كالكيلى والوزنى (او) مثله (معنى كالقيمة) اى قيمة (فى القيمى) كالحيوان والعرض وفيه اشارة الى ان المبيع لو كان موجودا رد بعينه والى ان العبرة للقيمة يوم القبض والى انه ملكه بقيمته ولو ازدادت قيمته فى يده فاتلفه لم يتغير كالغصب وعند محمد يوم الاستهلاك لانه بالاتلاف يتقرر عليه قيمته فتعتبر قيمته الا اذا زادت من حيث العين لا السعر فانه يوافق الشيخين فالقول فى القيمة للمشترى مع يمينه لكونه منكرا الضمان والبينة للبايع (ولكل منهما فسخه قبل القبض) اى لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ قبل قبض المشترى ما دام المبيع فى ملكه بلا علم الصاحب على ما قال ابو يوسف وانما عندهما علمه كما فى الفصولين لكن فى الكافى انه شرط عندهم والاولى فى مكان اللام كلمة على فان اعدام الفساد واجب حقا للشرع كما فى القهستانى فعلى هذا قال الزيلعى ان اللام بمعنى على انتهى لكن لا حاجة اليه لانه حكم آخر وانما مراده بيان ان لكل منهما ولاية الفسخ دفعا لتوهم انه ملك بالقبض تأمل (وبعده) اى بعد القبض (ما دام) المبيع (فى ملك المشترى اذا كان الفساد فى صلب العقد كبيع درهم بدرهمين) اى ينفرد احدهما بالفسخ ايضا لقوة الفساد (وان كان) الفساد (لشرط زائد كشرط ان يهدى له هدية) مثلا (فكذا) ينفرد كل بالفسخ (قبل القبض) وعلى ما حققناه اندفع ما قيل من ان كلامه فيما بعد القبض لان حكم ما قبل القبض مر آنفا فلا وجه لقوله فكذا قبل القبض تدبر (واما بعده فالفسخ لمن له الشرط) بحضرة صاحبه ولا يشترط فيه قضاء القاضى (لا لمن عليه الشرط) وهذا عند محمد لان العقد قوى والفساد ضعيف فمن له منفعة الشرط يقدر ان يسقط شرط الهدية فيبقى العقد صحيحا لرفع المفسد فاذا فسخ من عليه المنفعة فقد بطل حق الغير وعند الشيخين لكل واحد من العاقدين الفسخ حقا للشرع لا حقا لهما ولا حقا لاحدهما حيث رضيا بالعقد كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ان ذكر المص فى هذه المسئلة فى صورة الاتفاق لا يخلو عن ركاكة بل يلزم التفصيل تأمل (ولا يأخذه) اى المبيع (البايع) بعد الفسخ (حتى يرد ثمنه) اى ثمن المبيع الى المشترى لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن (فان مات البايع) بعد فسخ البيع (فالمشترى احق به) اى بحبس ما اشتراه (حتى يأخذ ثمنه) فليس للورثة ولا للغرماء حبس الثمن حتى يأخذ المبيع ذكر الثمن مقام القيمة لانعدام الفساد بالفسخ ولا يدخل المبيع فى قسمة غرماء البايع لان المشترى مقدم حال حيوته وكذا يقدم بعد وفاته على التجهيز والغرماء فيأخذ المشترى دراهم الثمن بعينها لو قائمة ويأخذ مثلها لو هالكة ولو مات المشترى فالبايع احق من سائر الغرماء (وطاب للبايع ربح ثمنه) من دراهم المبيع او دنانيره (بعد التقابض) اى اشتراك البايع والمشترى فى قبض المبيع والثمن لتملكه ولم يطب قبله لعدم تملكه (لا) اى لا يطيب (للمشترى ربح مبيعه فيتصدق) المشترى (به) اى بالربح وجوبا والفرق ان المبيع مما يتعين فتعلق العقد به فيتمكن الخبث فيه والنقد لا يتعين فى العقود فلم يتعلق

العقد الثانى بعينه فلم يمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا فى الخبث الذى سببه فساد الملك اما الخبث بعدم الملك
كالغصب عند الطرفين يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه تتعلق به
سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة
هى المعتبرة دون النازل عنها وقال ابو يوسف يطيب له الربح مطلقا لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد
وعند زفر والشافعى لا يطيب فى الكل كما فى الهداية وغيرها وقال صدر الشريعة فان قيل ذكر فى الهداية
فى المسئلة السابقة ثم اذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها المشترى بعينها لانها تتعين بالتعيين فى البيع الفاسد
وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب فهذا يناقض ما قلتم من عدم تعين الدراهم قلنا يمكن التوفيق بينهما بان لهذا العقد
شبهتين شبهة الغصب وشبهة البيع فاذا كانت قائمة اعتبر شبهة الغصب سعيا فى رفع العقد الفاسد واذا لم تكن
قائمة فاشترى بها شيئا يعتبر شبهة البيع حتى لا يسرى الفساد الى بدله كما ذكرنا من شبهة الشبهة انتهى وفى الدرر ان ما
ذكره صدر الشريعة لا يفيد التوفيق بين كلامى الهداية وانما يفيد دليلا للمسئلة لا يرد عليه ما يرد على الهداية فالوجه
ما قال فى العناية انه انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهى انها لا تتعين لا على الاصح وهى ما مر انها تتعين فى البيع
الفاسد انتهى لكن يمكن الدفع بوجه آخر بان المراد فى العقود العقود الصحيحة لان المطلق ينصرف الى الكامل
فح عدم التعين سواء كان فى المغصوب او ثمن المبيع بالبيع الفاسد انما هو فى العقد الثانى فلا يضر تعينه فى الاول
فعلى هذا ينبغى ان يكون جواب صاحب العناية بلا حصر تدبر وفى الفرائد كلام صدر الشريعة يفيد دفع التناقض
لان حاصل التناقض ان صاحب الهداية قال فيما سبق الثمن فى البيع الفاسد يتعين بالتعيين وفى هذه المسئلة
لا يتعين وحاصل الدفع ان التعين بالتعيين فى حالة قيام الثمن وعدم التعين فى حالة عدمه ولا يتحقق التناقض
الا اذا اتحد الجهتان انتهى هذا وجه لكنه خلاف ما صرح جوابه لانهم قالوا ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها
بعينها لانها تتعين بالتعيين على رواية ابى سليمان وهو الاصح وفى رواية ابى حفص لا تتعين كما فى العناية وغيرها فهذا
علم ان هذا التوجيه ليس بدافع تدبر (كما طاب ربح مال ادعاه فقضى) اى قضى المدعى عليه ذلك المال (ثم تصادقا)
اى المدعى والمدعى عليه (على عدمه) اى عدم وجوب المال المدعى (فرد) المال (بعد ما ربح فيه المدعى) لان المال
المؤدى يكون بدل الدين الذى هو حق المدعى باقرار المدعى عليه اذ المرأ يؤاخذ باقراره حكما فيصير المدعى
بايعا دينه بما اخذ فاذا تصادقا على عدم الدين صار المدعى كانه استحق الدين فيلزم ان يكون الدين ملكا بالبيع الفاسد
لان المبيع هنا فاسد فى حق البدل وهو غير قائمة فلا يؤثر الخبث فيما لا يتعين بالتعيين (فان باع المشترى ما شراه شراء
فاسدا صح) بيعه لانه بيع ما دخل فى ملكه بالقبض فينفذ فيه تصرفه قيد صاحب التنوير بيعا باتا صحيحا ولغير بايعه
لانه لو باعه فاسدا لا يمنع النقض كالبيع الذى فيه الخيار لانه ليس بلازم ولانه لو باعه من باعه كان نقضا للبيع هذا
فى العقد الذى فساده ليس بالاكراه لانه لو كان فاسدا بالاكراه فان تصرفات المشترى كلها تنتقض وقيد المص
بالشراء الفاسد احترازا عن الاجارة الفاسدة لما فى جامع الفصولين قيل ليس للمستأجر فاسدا ان يواجره من غيره
اجارة صحيحة وقيل يملكها بعد قبضه كمشتر فاسدا له البيع جائزا وهو الصحيح لان للمواجر الاول نقض الثانية لانها
تفسخ بالاعذار (وكذا لو اعتقه) اى اعتق المشترى شراء فاسدا العبد بعد قبضه صح وكان الولاء له وكذا توابع
الاعتاق من التدبير والاستيلاد والكتابة الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب (او وهبه وسلمه) اى اذا وهبه
المشترى وسلمه ارتفع الفساد وصح (وسقط) بكل من البيع والاعتاق والهبة بالتسليم (حق الفسخ) الذى
كان للبايع لان المشترى ملك المبيع بالقبض فنفذ فيه تصرفاته المذكورة وينقطع به حق البايع فى الاسترداد لانه
تعلق به حق العبد والفسخ لحق الشرع وما اجتمع حق الله وحق العبد الا وقد غلب حق العبد لحاجته وغناء
الله تع (وعليه) اى على المشترى (قيمته) لما مر انه مضمون بالقبض والرهن كالبيع لانه لازم فيثبت عجزه عن رد العين
فتلزمه القيمة الا انه يعود حق الاسترداد بفكه وكذا لو اوصى بالمبيع المشترى ثم مات سقط الفسخ فتلزمه القيمة (ولو بنى
المشترى (فى دار اشتراها فاسدا او غرس فيها فعليه قيمتها) اى قيمة الدار والارض وينقطع حق الاسترداد عند الامام رواه
يعقوب عنه فى الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك فى رواية (وقالا ينقض) المشترى (البناء والغرس) ويرد الدار والغرس
على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البايع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق
البايع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط
من جهة البايع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل
بهبة المشترى وبيعه فكذا ببنائه (وشك ابو يوسف فى روايته لمحمد عن الامام لزوم قيمتها) اى قيمة الدار (ولم يشك

محمد

محمد) فى روايته له عن الامام لزوم قيمتها وهذه المسئلة من المسائل التى انكر ابو يوسف روايتها عن الامام وقد نص
محمد على الاختلاف فى كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البايع بالبناء وثبوته على الاختلاف
وفى الفصولين ولو وقفه او جعله مسجدا لا يبطل حقه ما لم يبن وفى البحر ينبغى ان يحمل على ما قبل القضاء به اما
اذا قضى به فانه يرتفع الفساد للزومه والظ ان ما فى الفصولين تبعا للعمادى ليس بصحيح فقد قال الخصاف لو اشترى
ارضا بيعا فاسدا وقبضها ووقفها وقفا صحيحا وجعل اخرها للمساكين فقال الوقف فيها جائز وعليه قيمتها
للبايع انتهى لكن قال قاضيخان لو باع ارضا بيعا فاسدا فجعله المشترى مسجدا لا يبطل حق الفسخ ما لم يبن
فى ظاهر الرواية فان بناه بطل فى قول الامام وغرس الاشجار بمنزلة البناء وكذا لو وقفها لا يبطل حق الفسخ
ما لم يبن انتهى فعلى هذا ان ما فى الفصولين على الرواية الظاهرة وما قاله الخصاف على غيرها وما قاله صاحب البحر
من انه ليس بصحيح غير صحيح تدبر قيل لما كان المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكنه شعبة من شعب الحق بالفاسد
واخره عنه فقال (وكره النجش) بفتحتين وبسكون الجيم ايضا ان يزيد الثمن باكثر من ثمن المثل ولا يريد الشراء
لترغيب غيره ويجرى فى النكاح وغيره لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لا تناجشوا اى لا تفعلوا ذلك وانما قيدنا باكثر
من ثمن المثل لان المشترى اذا طلب باقل من ثمن المثل فلا بأس ان يزيد الاخر فى الثمن الى ان يبلغ ثمن المثل وان لم يرد
الشراء (و) كره (السوم) اى الاستشراء بثمن كثير (على سوم غيره) اى استشراء غيره بثمن قليل (اذا رضيا) طرف
السوم (بثمن) معلوم ولم يبق بينهما الا العقد لقوله عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة
اخيه وهو نفى فى معنى النهى فيفيد المشروعية قيد بقوله اذا رضيا لانهما اذا لم يتراضيا فلا يكره لانه بيع من يزيد
(و) كره (تلقى الجلب) اى استقبال من فى المصر جلبا بفتحتين او السكون اى مجلوبا من طعام او حيوان او غيره (المضر
صفة التلقى (باهل البلد) للنهى عنه واما اذا لم يضر باهل البلد بان لم يكونوا محتاجين اليه فلا بأس به الا اذا لبس
سعر البلد على الواردين فاشترى منهم بارخص منه فانه يكره (و) كره (بيع الحاضر للبادى طمعا فى غلاء الثمن زمن
القحط) اى يكره بيع البلدى من البدوى فى زمان القحط علفه وطعامه طمعا فى ثمن متجاوز الحد لقوله عليه السلام
لا يبيع الحاضر للبادى وللضرر باهل البلد وايضا يكره بيع البلدى لاجل البدوى فى البلد كالسمسار فيغالى السعر
على الناس ولو تركه وباعه بنفسه للزم الرخصة فى السعر ولم يقع اهل البلد فى العسر اللام فى للبادى اما بمعنى التمليك
او بمعنى الاجل فلهذا صور بوجهين قيد بقوله فى زمن القحط لانه فى الرخص غير مكروه (والبيع عند اذان الجمعة)
لقوله تعالى وذروا البيع ولان فيه اخلالا بواجب السعى اذا قعد للبيع او وقفا له واطلقه فشمل ما اذا تبايعا وهما
يمشيان اليها وما فى النهاية من عدم الكراهة مشكل لاطلاق الاية ثم المعتبر هو النداء الاول اذا وقع بعد الزوال
على المختار (لا) يكره (بيع من يزيد) هذا تصريح لما علم ضمنا لانه يفهم من قوله وكره السوم على سوم غيره اذا رضيا بثمن
فاذا لم يتراضيا فلا كما مر آنفا (وصح البيع فى الجميع) اى فى جميع ما ذكر من قوله وكره النجش الى هنا لان الكراهة
لا تمنع الانعقاد (ومن ملك مملوكين صغيرين او كبيرا) احدهما (وصغيرا) آخر اللذين (احدهما) مبتدأ خبره (ذو رحم
محرم من الاخر) والجملة صفة لمملوكين (كره له ان يفرق بينهما) قبل البلوغ بالبيع والهبة ونحوها والاصل فيه
قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ووهب النبى عليه السلام لعلى
رضى الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعلت بالغلامين فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد
اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان فى بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد
وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب
ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده
ولا بد من اجتماعهما فى ملكه حتى لو كان احد الصغيرين له والاخر لصغيره لا بأس ببيع واحد منهما (بدون حق مستحق
اى لو كان التفريق بحق مستحق عليه لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور
اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به كما فى الهداية (ويصح البيع) هنا ايضا لان النهى لمعنى فى غيره وهو ما فيه
من ايحاش الصغير فلا يوجب الفساد لكن يأثم البايع لارتكابه المنهى (خلافا لابى يوسف فى قرابة الولاد)
حيث قال يفسد البيع فيها ويجوز فى غيرها (فى رواية) عنه (و) يفسد (فى الجميع فى) رواية (اخرى) وبه قال زفر
والائمة الثلثة لان الامر بالادراك والرد لا يكون الا فى البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله
فينفذ والنهى لمعنى مجاور له غير متصل به فلا يوجب الفساد (فان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق) لان النص
ورد على خلاف القياس فى القرابة المحرمة للنكاح فى الصغير فلا يلحق به غيره وفى الجوهرة وكما يكره من التفريق

باب الاقالة

بالبيع بكره فى القسمة فى الميراث والغنائم هذا كله اذا كان المالك مسلما واما اذا كان كافرا فلا يكره *) باب الاقالة (*
الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للاقالة تعلق خاص بهما فاعقب ذكرها
اياهما وهى لغة الرفع مطلقا من القيل لامن القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه البعض بدليل قلت البيع
بكسر القاف وهى جائزة لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقاله الله عثراته يوم القيمة ولان العقد حقهما
وكل ماهو حقهما يملكان رفعه بحاجتهما كما فى العناية وشرعا رفع عقد البيع غير السلم فانه ليس بفسخ (تصح) الاقالة
بلفظين احدهما مستقبل) هذا بيان ركنهما وهو الايجاب والقبول الدالان عليها وشرط ان يكونا بلفظين
ماضيين اواحدهما مستقبل والاخر بماض كاقلنى فقد اقلتك عند الشيخين كالنكاح (خلافا لمحمد) فان عنده يشترط
ان يعبر بهما عن المضى كالبيع وفى الخانية ذكر مع قول محمد قول الامام حيث قال ولا تصح الاقالة بلفظ الامر
فى قولهما لكن فى الجوهرة وغيرها قد جعلوا قول الامام مع ابى يوسف فلهذا عول عليه المص فى المتن (وتتوقف)
الاقالة (على القبول فى المجلس) فكما يصح قبولها فى مجلسها نصا بالقول يصح قبولها دلالة بالفعل كما فى اكثر الكتب
فعلى هذا لو قال ولو فعلا كما فى التنوير لكان اولى تدبر (كالبيع) حتى لو قبل الاخر بعد زوال المجلس او بعد ماصدر
عنه فيه مايدل على الاعراض كما سبق فى البيع لا تتم الاقالة (وهى) اى الاقالة (بيع جديد فى حق غير العاقدين اجماعا)
فيجب بالاقالة الاستبراء فى الجارية لو كان المبيع جارية وتقايلا فانه حق الله تعالى لانها بيع جديد فى حق غيرهما
وهو الله تع وتجب الشفعة فى العقار لكونها بيعا جديدا فى حق غيرهما وهو الشفيع ويجب التقابض لو كان البيع السابق
صرفا ولا تسقط الزكوة اذا اشترى بعروض التجارة عبد الخدمة بعد الحول ثم رد بالعيب بغير قضاء فاسترد العروض
فهلكت فى يده فانه بيع فى حق الفقير كما فى القهستانى وزاد صاحب المنح اذا باع المشترى المبيع من اخر ثم تقايلا
ثم اطلع على عيب كان فى يد البايع فاراد ان يرده على البايع ليس له ذلك لانه بيع فى حقه كانه اشتراه من المشترى
منه وكذا اذا كان موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع فى هبته لان الموهوب له فى حق الواهب
كالمشترى من يد المشترى منه واذا اشترى شيئا فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من اخر ثم تقايلا وعاد الى المشترى
فاشتراه منه قبل نقد ثمنه باقل من الثمن جاز وكان فى حق البايع كالمملوك بشراء جديد من المشترى الثانى (وفى حقهما)
اى حق العاقدين (بعد القبض فسخ) للعقدان امكن عند الامام لانها تنبئ عن الفسخ والرفع والاصل فى الكلام
ان يحمل على حقيقته فلا يحمل على البيع لانه ضدها اذهى عبارة عن الرفع والازالة والبيع عن الاثبات فتعين
البطلان فى الحمل على البيع واما كونها بيعا فى حق غيرهما فمعنوى اذ يثبت به حكم البيع وهو الملك فيلزمه الثمن
الاول جنسا ووصفا وقدرا ويبطل ماشرطه من الزيادة والنقصان والتأجيل ولا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف
البيع ويصح ان يبيع منه قبل استرداد المبيع ولو كانت بيعا لبطل ويصح استرداد المبيع بلا اعادة الكيل والوزن وجاز
هبة المبيع منه بعد الاقالة قبل القبض (فان تعذر جعلها فسخا) بان زادت المبيعة بعد القبض زيادة منفصلة اوهلاك
المبيع فى غير المقايضة (بطلت) الاقالة عنده لتعذر الفسخ هذا اذا تقايلا بعد القبض وان كانت قبل القبض فهى
فسخ فى حق الكل فى غير العقار (وعند ابى يوسف) والشافعى فى القديم ومالك (هى بيع) فى حق المتعاقدين
فلو زادت المبيعة بعد القبض زيادة منفصلة تجوز الاقالة عنده لانها تمليك من الجانبين لعوض مالى وهو البيع
والعبرة للمعانى دون الالفاظ المجردة (فان تعذر) جعلها بيعا بان كانت قبل القبض فى المنقول او كانت بعد هلاك
احد العوضين فى المقايضة (ففسخ) لانها موضوعة له او محتملة (فان تعذر) جعلها فسخا وبيعا بان كانت قبل القبض
فى المنقول باكثر من الثمن الاول او باقل منه او بجنس اخر او بعد هلاك السلعة فى غير المقايضة (بطلت) الاقالة
عنده ويبقى البيع الاول على حاله لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سميا خلافه
(وعند محمد) والشافعى فى الجديد وزفر (فسخ) ان كانت بالثمن الاول او باقل لان اللفظ موضوع للفسخ والرفع يقال
اللهم اقلنى عثراتى فيعمل بمقتضاه (فان تعذر) جعلها فسخا بان تقايلا بعد القبض بالثمن الاول بعد الزيادة
المنفصلة او تقايلا بعد القبض بخلاف جنس الاول (فبيع) حملا على محتمله ولهذا صار بيعا فى حق غيرهما لعدم
ولايتهما عليه (فان تعذر) جعلها بيعا وفسخا بان تقايلا فى المنقول قبل القبض على خلاف جنس الاول (بطلت)
الاقالة ويبقى البيع الاول على حاله لان الفسخ لا يكون على خلاف الثمن الاول والبيع لا يجوز قبل القبض وبالاقل
من الثمن يكون فسخا عنده بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل كان فسخا فكذا
اذا سكت عن البعض وفى النهاية الخلاف فيما ذكر الفسخ بلفظ الاقالة ولو ذكره بلفظ المفاسخة او المتاركة او الرد
لا يجعل بيعا اتفاقا اعمالا بمقتضى موضوعه اللغوى (و) الاقالة (قبل القبض فسخ فى النقلى وغيره) اى فى المنقول

والعقار

والعقار عند الطرفين وعند ابى يوسف فى العقار بيع جديد اذ لا مانع فى جعلها بيعا فيه وهى تمليك من الجانبين كما مر
ثم ذكر بعض الفروع بقوله (فلو شرط فيها) اى الاقالة (اكثر من الثمن الاول او خلاف الجنس بطل الشرط ولزم
الثمن الاول) عند الامام لان الاقالة فسخ وهو لا يكون الا على الثمن الاول فيصير ذلك الشرط فاسدا ولغوا دون الاقالة
لما مر ان الاقالة لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقال صاحب المنح وتصح الاقالة بمثل الثمن الاول وتصح
بالسكوت عن الثمن الاول ويجب الثمن الاول بلا خلاف الا اذا باع المتولى او الوصى للوقف او للصغير شيئا باكثر
من قيمته او اشتريا شيئا للوقف او للصغير حيث لا تجوز اقالته وان كانت بمثل الثمن الاول رعاية لجانب
الوقف وحق الصغير (وعندهما يصح الشرط لو كانت) الاقالة (بعد القبض وتجعل) الاقالة (بيعا) جديدا لان
الاصل هو البيع عند ابى يوسف وعند محمد ان تعذر الفسخ فجعلها بيعا ممكن فاذا زاد او شرط خلاف الجنس كان
قاصد البيع (وان شرط) اقل من الثمن الاول (من غير تعيب) عند المشترى (لزم) الثمن (الاول ايضا) عند الطرفين
(وعند ابى يوسف تجعل بيعا ويصح) الشرط لان البيع هو الاصل عنده (وان تعيب) المبيع عند المشترى وشرط اقل
من الثمن الاول بناء على العيب صح الشرط اتفاقا فتجوز الاقالة باقل من الثمن الاول فيجعل الحط بازاء ما فات بالعيب
(ولا تصح) الاقالة (بعد ولادة المبيعة) عند الامام لما مر ان المبيعة اذا زادت زيادة منفصلة تكون الاقالة باطلة عنده اما
المنفصلة قبل القبض والمتصلة بعد القبض فلا تمنع الاقالة عنده (خلافا لهما) لان البيع هو الاصل عند ابى يوسف
وعند محمد الاصل اذا تعذر جعلها فسخا تجعل بيعا (ولا يمنعها) اى الاقالة (هلاك الثمن بل) يمنعها (هلاك المبيع) لانها
رفع البيع والاصل فيه المبيع ولهذا اذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف هلاك الثمن (وهلاك بعضه)
اى بعض المبيع (يمنع) الاقالة (بقدره) اعتبارا للبعض بالكل وفى التنوير واذا هلك احد البدلين فى المقايضة صحت
الاقالة فى الباقى منها وعلى المشترى قيمة الهالك ان قيميا ومثله ان مثليا تقايلا فابق العبد من يد المشترى وعجز
عن تسليمه تبطل وان اشترى عبدا فقطعت يده واخذ ارشها ثم تقايلا صحت الاقالة ولزمه جميع الثمن ولا شئ للبايع
من ارش اليد اذا علم وقت الاقالة وان لم يعلم يخير بين الاخذ بجميع الثمن وبين الترك وتصح اقالة الاقالة فلو تقايلا
المبيع ثم تقايلاها اى الاقالة ارتفعت وعاد عقد الاقالة لا اقالة السلم فانه لا يصح *) باب المرابحة والتولية (* لما فرغ
مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة ومايرفعها شرع فى بيان الانواع التى تتعلق بالثمن
من المرابحة والتولية وغيرهما (المرابحة بيع ماشراه) وفى الدرر بيع ما ملكه لم يقل بيع المشترى ليتناول ما اذا ضاع
المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده حيث جاز له ان يبيعه مرابحة وتولية على ماضمن وان لم يكن فيه شرى
(بماشراه به) اى بمثل ماقام عليه كما فى الدرر ثم قال ولم يقل بثمنه الاول لان ما أخذه من المشترى ليس بثمنه الاول
بل مثله فبهذا علم ان فى عبارة المص تسامحا (وزيادة) على ماقام عليه وان لم يكن من جنسه وسبب جواز
البيع مرابحة تعامل الناس بلا نكير واحتياج الغبى الى الذكى مع ان الغرض من المبيعات الاسترباح (والتولية)
مصدر ولى غيره اذا جعله واليا وفى الشرع (بيعه) اى بيع ما ملكه (به) اى بمثل ماقام عليه وفى عبارة المص تسامح ايضا
لان ماشراه وهو الثمن الاول صار ملكا للبايع فلا يمكن البيع به وفيه ايضا اشتباه لما سيجئ من ان اجرة الصبغ وغيره
تضم الى الثمن الاول فلا يكون الثانى مثلا له فى المقدار فيكون المراد بمثل الثمن الاول بما قام عليه كما فى شرح المجمع
فعلى هذا لو قال المص كما قال صاحب الدرر لكان اولى فلا يحتاج الى هذا التكليف تدبر (بلا زيادة ولا نقص) والمراد
بقوله بيعه بيع العرض لان المرابحة والتولية لا تجوزان فى بيع الصرف وعلة جواز البيع تولية ماروى ان ابا بكر رضى الله
عنه اشترى بعيرين فقال له النبى عليه السلام ولنى احدهما اى بعه بالتولية (والوضيعة بيعه بانقص منه) اى مما قام عليه
ومبناها على الامانة لان المشترى يأتمن البايع فى خبره معتمدا على قوله فيجب على البايع التنزه عن الخيانة والتجنب
عن الكذب لئلا يقع المشترى فى غرور (ولا يصح ذلك) اى كل من التولية والمرابحة والوضيعة (مالم يكن الثمن الاول
مثليا) كالدرهم والدينار والكيلى والوزنى لانه لو لم يكن مثليا كالاشياء متفاوتة كالحيوانات والجواهر يكون مرابحة
بالقيمة وهى مجهولة لان معرفتها لا يمكن حقيقة فلا يجوز بيعه مرابحة وتولية الا اذا كان المشترى مرابحة ممن يملك
ذلك البدل من البايع بسبب من الاسباب ومن ثمه قال (او كان فى ملك من يريد الشراء) ويكون (الربح معلوما) لانتفاء
الجهالة وعبارة المجمع لا يصح ذلك حتى يكون العوض مثليا او مملوكا للمشترى والربح مثلى معلوم انتهى وفى البحر
وتقييد الربح بالمثلى اتفاقى لجوازان يرابح على عين قيمته مشارا اليها ولذا قال فى الفتح او بربح هذا الثوب وقيد بكونه
معلوما للاحتراز عما اذا باعه ده يازده اى بربح مقدار دراهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين كان
الربح درهمين وان كان ثلثين كان ثلثة دراهم لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال

باب المرابحة والتولية

كما فى الهداية وغيرها (ويجوز ان يضم الى رأس المال اجرة القصارة والصبغ) سواء كان اسود او غيره (والطراز)
بكسر الطاء وبالراء المهملتين وآخره زاء معجمة علم الثوب (والفتل) بفتح الفاء مايصنع باطراف الثياب بحريرا وكتان
(والحمل) اى اجرة حمل المبيع من مكان الى مكان برا او بحرا (وسوق الغنم والسمسار) لان العرف جار بالحاق هذه
الاشياء برأس المال فى عادة التجار والاصل فيه ان كل مايزيد فى المبيع او قيمته كالصبغ والحمل يلحق به ومالا فلا وقيد بالاجرة
لانه لو فعل شيئا من ذلك بيده لايضمه وكذا لو تطوع متطوع بهذه او باعارة وكذا يضم تجصيص الدار وطى البئر
وكرى الانهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار وفى البحر نقلا عن المحيط
يضم طعام المبيع الا ما كان سرفا وزيادة فلا يضم وكسوته وكراء واجرة المخزن الذى يوضع فيه واما اجرة السمسار
والدلال فقال الزيلعى ان كانت مشروطة فى العقد تضم والا فاكثرهم على عدم الضم فى الاول ولا تضم اجرة
الدلال بالاجماع انتهى وهو تسامح فان اجرة الاول تضم فى ظاهر الرواية وفى الدلال قيل لا تضم والمرجع العرف
كما فى الفتح (لكن يقول) بعد ضم اجرة هذه الاشياء (قام على بكذا لا) يقول (شريته) بالاجماع تحرزا
عن الكذب وكذا اذا قوم الموروث ونحوه يقول ذلك وكذا اذا رقم على الثوب شيئا وباعه برقمه فانه يقول
رقمه كذا (ولا يضم نفقته) اى نفقة نفسه اى البايع (ولا) يضم (اجر الراعى والطبيب والمعلم وبيت الحفظ) لعدم
العرف بالحاقه اطلق فى التعليم فشمل تعليم العبد صناعة او قرآنا او شعرا او غناء او عربية وفى المبسوط اضاف
نفى ضم المنفق فى التعليم الى انه ليس فيه عرف ظ حتى لو كان فى ذلك عرف ظ يلحقه برأس المال كما فى الفتح ولذا
لا يلحق اجرة الرابض والبيطار والفداء فى الجناية وجعل الابق لندرته والحجامة والختان لعدم العرف وكذا
لا يضم مهر العبد ولا يحط مهر الامة لو زوجها والذى يؤخذ فى الطريق بطريق الظلم لا يضم الا فى موضع جرت به
العادة (فان ظهر للمشترى خيانة) البايع (فى المرابحة) اما بالبينة او باقرار البايع او بنكوله عن اليمين وهو المختار وقيل
لا يثبت الا باقراره (خير) المشترى (فى اخذه بكل ثمنه) وهو المسمى (او تركه) اى المبيع ان امكن الترك (و) ان ظهر
الخيانة (فى التولية يحط) اى المشترى (من ثمنه قدر الخيانة) عند الامام (وهو) اى الحط (القياس فى الوضيعة) يعنى
اذا خان خيانة ينفى الوضيعة اما اذا كانت خيانة يوجد الوضيعة معها فهو بالخيار وهذا قياس قول الامام لانه
لو اعتبر ماسماه من الثمن لما بقى تولية لانه زائد على الثمن الاول فينقلب مرابحة بخلاف المرابحة لانه لو اعتبر فيه
المسمى لا يلزم الانقلاب بل مرابحة كما كانت فاعتبر المسمى مع الخيار فى خيانة المرابحة لفوت الرضاء ولم يعتبر فى خيانة
التولية لئلا تنقلب مرابحة فتعين الحط فى خيانة التولية (وعند ابى يوسف يحط فيهما) اى فى المرابحة والتولية
(قدر الخيانة مع حصتها) اى حصة الخيانة (من الربح فى المرابحة) مثلا اذا قال اشتريت هذا الثوب بعشرة فباعه
مرابحة بخمسة عشر ثم ظهر ان البايع كان اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة وهو درهمان ويحط من الربح مايقابل
قدر الخيانة وهو درهم واحد فيأخذ الثوب باثنى عشرة درهما اذ لفظ التولية والمرابحة اصل فيبتنى على العقد
الاول ليتحقق الاصل الذى هو التولية والمرابحة (وعند محمد يخير) بين اخذه بكل الثمن وتركه (فيهما) اى فى المرابحة
والتولية اذ الثمن المبنى على شرائه مجهول والثمن المسمى معلوم والمعلوم اولى من المجهول فاعتبر فيهما المسمى الا انه يخير
لما مر من عدم الرضى (فلو هلك) المبيع بعد ظهور الخيار فى المرابحة (قبل الرد) الى البايع (او امتنع الفسخ) بحدوث
مايمنع الرد (لزم كل الثمن) المسمى وسقط الخيار (اتفاقا) قال فى الهداية يلزم جميع الثمن فى الروايات الظاهرة لانه
مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط
مايقابله عند عجزه انتهى وفى الكافى وعن محمد ان المشترى يرد قيمة المبيع ويرجع على البايع بثمن سلمه اليه بناء على
اصله فى اقامة القيمة مقام المبيع فى التحالف انتهى فعلى هذا ان قوله اتفاقا ليس فى محله تدبر (ومن شرى شيئا بعشرة
فباعه بخمسة عشر ثم شراه) هذا الثوب (ثانيا بعشرة يرابح على خمسة) يعنى يبيعه مرابحة على خمسة ويقول
قام على بخمسة (وان شراه ثانيا بخمسة لا يرابح) يعنى اذا استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة اصلا عند الامام
(وعندهما يرابح على الثمن الاخير مطلقا) سواء استغرق الربح الثمن كما فى الثانية او لا كما فى الاولى لان الاخير
عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان باعه المشترى من اجنبى
ثم باعه الاجنبى من البايع ثم اشتراه الاول منه فانه يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وله ان شبهة حصول الربح
الاول بالعقد الثانى ثابتة لانه يتأكد به بعد ماكان على شرف الزوال بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة
فى بيع المرابحة احتياطا ولهذا لا تجوز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيه كما فى التبيين وفى البحر نقلا
عن المحيط ان ماقاله الامام اوثق وماقالاه ارفق (وان اشترى مأذون مديون بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر)

(او بالعكس) بان اشترى المولى بعشرة مثلا وباعه من عبده المأذون المستغرق بالدين بخمسة عشر (يرابح)
السيد فى الاولى والعبد فى الثانية (على عشرة) فيقول قام على بعشرة لان هذا العقد وان كان صحيحا فى نفسه
فيه شبهة العدم لان العبد ملكه ومافى يده لا يخلو عن حقه فاعتبر عدما فى حق المرابحة وبقى الاعتبار للبيع الاول فيصير
كان العبد اشتراه للمولى بعشرة فى الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى فى الفصل الثانى فيعتبر الثمن الاول والمكاتب
كالمأذون لوجود التهمة بل كل من لا تقبل شهادته له كالاصول والفروع واحد الزوجين واحد المتفاوضين
كذلك وخالفاه فيما عدا العبد والمكاتب وتقييده بالمديون اتفاقى ليعلم حكم غيره بالاولى او وجود ملك المولى فى اكسابه
كما فى البحر وفيه كلام لان التقييد ليس باتفاقى بل لتحقق الشرى قال الفقيه ابو الليث فان كان العبد لادين
عليه فالشراء الثانى بط لان العبد اذا كان لادين عليه فماله لمولاه كما فى اكثر الكتب تدبر هذا اذا لم يبين اما
ان بين انه اشتراه من عبده المأذون او من مكاتبه او بين انهما اشتريا من المولى يجوز بيعهم مرابحة كما فى النقاية فعلى
هذا لو قال الا ان يبين لكان اولى (والمضارب بالنصف لو شرى) بمال المضاربة شيئا (بعشرة وباع من رب المال
بخمسة عشر يرابح رب المال على اثنى عشر ونصف) فيقول قام على باثنى عشر ونصف هذا عندنا لان كل
واحد منهما يستفيد ملك اليد بهذا العقد وان لم يستفد ملك الرقبة فيعتبر العقد مع شبهة العدم لان المضارب
وكيل عن رب المال فى البيع الاول من وجه فجعل البيع الثانى عدما فى حق نصف الربح وعند زفر لا يجوز بيع
رب المال من المضارب ولا بيع المضارب منه لانعدام الربح لان الربح يحصل اذا بيع من الاجنبى اذ البيع تمليك مال بمال
غيره وهو يشترى ماله بماله (ويرابح) من يريد المرابحة (بلا بيان) اى من غير بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن
فتعيب عنده اما بيان نفس العيب القائم به فلا بد منه لئلا يكون غاشا له للحديث الصحيح من غش فليس منا
كما فى البحر (لو اعورت المبيعة) بآفة سماوية او بصنع المبيعة (او وطئت وهى) والحال انها
(ثيب) ولم ينقصها الوطئ سواء كان الواطئ مولاها او غيره ولذا اتى بصيغة المجهول (او اصاب الثوب قرض فأر)
اى قطع فأر (او حرق نار) لان جميع مايقابله الثمن قائم اذ الفائت وصف فلا يقابله شئ من الثمن اذا فات بلا صنعه
ولذا لو فات فى يد البايع قبل قبض المشترى لا يسقط باعتبار شئ من الثمن الا ان المشترى بالخيار اخذه بكل الثمن
او تركه وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن وعند زفر وهو قول الشافعى ورواية عن ابى يوسف يجب البيان
لاجل النقصان فى صورة الاعورار اما فى صورة وطئ الثيب فلا خلاف وقال ابو الليث وقول زفر اجود وبه نأخذ
ورجحه فى الفتح وعن محمد انه ان نقصه قدرا لا يتغابن الناس فيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان ودل كلامه انه لو نقص
بتغير السعر بامر الله لا يجب عليه ان يعين بالاولى انه اشتراه فى حال غلائه وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه او توسخ
كما فى البحر (وان فقئت عينها) بمباشرة الغير سواء فقئها المولى او الاجنبى بامر المولى او بدونه (او وطئت وهى بكر)
سواء كان الواطئ مولاها او غيره (او تكسر الثوب من طيه ونشره لزم البيان) اى يبيعه مرابحة بشرط
ان يبين العيب حيث احتبس عنده جزء بعض المبيع وهو العذرة والعين لان ازالة العذرة واخراج العين عند كونها
فى ملكه فلا يملك بيع الباقى بكل الثمن مرابحة وتولية اذ الاوصاف اذا صارت مقصودة بالاتلاف صار بها حصة من الثمن
بلا خلاف اما اذا فقأها الاجنبى فيجب البيان اخذ ارشها او لا لانه لما فقأ الاجنبى اوجب عليه ضمان الارش
ووجوب ضمان الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه فما وقع فى الهداية من التقييد بقوله واخذ المشترى
ارشه اتفاقى كما فى الفتح وانما قلنا بمباشرة الغير لانه اذا فقأ بفعل نفس المبيع فهو بمنزلة مالو تعيب بآفة
سماوية (وان اشترى بنسئة ورابح بلا بيان خير المشترى) اى من اشترى ثوبا بعشرة نسئة وباعه بربح واحد
حالا ولم يبين ذلك فعلم المشترى خيانته يصير مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد
فى الثمن لاجل الاجل والشبهة فى هذا ملحقة بالحقيقة احتياطا فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة
بثمنهما (فان اتلفه) اى المشترى المبيع (ثم علم لزم كل ثمنه) المسمى اذ ليس له الولاية الرد ولا رد مع الاتلاف ولو عبر
بالتلف لكان اولى لان حكم الاتلاف يعلم من حكم التلف بالاولى بخلاف العكس كما فى البحر (وكذا التولية)
يعنى لو اشترى بنسئة وولاه بلا بيان ثم علم المشترى الخيانة خير لان الخيانة فى التولية مثلها فى المرابحة لابتنائها
على الثمن الاول كما فى الفرائد وغيره لكن ينبغى ان يعود قوله وكذا التولية الى جميع ماذكره للمرابحة فلا بد من البيان
فى التولية ايضا كما فى البحر (ولو اشترى ثوبين صفقة كلا بخمسة كره بيع احدهما مرابحة بلا بيان) اى من غير بيان
انه اشتراه بخمسة مع ثوب آخر لان الجيد قد يضم الى الردى لترويجه وهذا عند الامام (وقالا لا يكره) قيد بثوبين
لان المشترى لو كان مما يكال او يوزن او يعد يجوز بلا كراهة اتفاقا وقيد بقوله صفقة لانه لو كانا بصفقتين

يجوز ايضا اتفاقا وقيد بكلا بخمسة اذ لو بين ثمن كل واحد منهما لايكره اتفاقا وقيد بخمسة لانه لو باعه بالزائد لايجوز
اتفاقا وقيد المرابحة ليس للاحتراز عن التولية لانها فى الحكم كذلك بل لانه لو باعه مطلقا لايكره اتفاقا (ومن ولى)
اى باع شيئا بالتولية (بما قام عليه) او بما اشتراه (ولم يعلم مشتريه قدره) بكم قام عليه فى المجلس (فسد) البيع لجهالة
الثمن وكذا المرابحة (وان علمه) اى علم المشترى قدره فى المجلس (خير) بين اخذه وتركه لان الفساد لم يتقرر فاذا
حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس فان علم بعد التفرق يتقرر الفساد
وفى التنوير لارد بغبن فاحش فى ظاهر الرواية وبه يفتى بالرد ان غره والالا وتصرفه فى بعض المبيع غير مانع منه

) فصل (فى بيان البيع قبل قبض المبيع والتصرف فى الثمن بالزيادة والنقصان وغير ذلك وجه ايراد الفصل
ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها فى بابها الاستطراد باعتبار تقييدها بقيد زائد
على البيع المجرد (لايصح بيع المنقول قبل قبضه) لنهيه عليه السلام عن بيع مالم يقبض ولان فيه غرر انفساخ
العقد على اعتبار الهلاك بخلاف هبته والتصدق به واقراضه قبل القبض من غير البايع فانه صحيح عند محمد
على الاصح خلافا لابى يوسف واما كتابة العبد المبيع قبل القبض موقوفة وللبايع حبسه بالثمن وان نقده نفذت
كما فى التبيين ولاخصوصية لها بل كل عقد يقبل النقض فهو موقوف واما تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها
فجائز بدليل صحة تزويج الابق واما الوصية به قبل القبض فصحيحة اتفاقا واطلاق البيع شامل للاجارة والصلح
لانه بيع وقيد بالمنقول لانه لو كان مهرا او ميراثا او بدل الخلع او العتق عن مال او بدل الصلح عن دم العمد يجوز بيعه
قبل القبض بالاتفاق والاصل ان كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز
ومالا فجائز كما فى البحر (واصح فى العقار) اى يصح بيع عقار لايخشى هلاكه قبل قبضه عند الشيخين (خلافا
لمحمد) وهو قول زفر والشافعى عملا باطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول ولهما ان ركن البيع صدر عن اهله فى محله
ولاغرر فيه لان الهلاك بالعقار نادر حتى اذا تصور هلاكه قبل القبض لايجوز بيعه بان كان على شط النهر او كان المبيع
علوا فعلى هذا الوقيد بلايخشى هلاكه قبل القبض كما قيدنا لكان اولى تدبر بخلاف المنقول والغرر المنهى غرر
انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز وانما عبر بالصحة دون النفاذ واللزوم لان النفاذ واللزوم
موقوفان على نقد الثمن او رضاء البايع والا فللبايع ابطاله بخلاف مالايقبل النقض كالعتق والتدبير والاستيلاد
كما فى البحر (ومن اشترى كيليا كيلا) اى بشرط الكيل (لايجوز له) اى للمشترى (بيعه ولا اكله
حتى يكيله) ثانيا لقوله عليه السلام اذا ابتعت فاكتل واذا بعت فكل ولاحتمال الغلط فى الكيل الاول اذ ربما
ينقص او يزيد فالزيادة للبايع فيصير التصرف فى مال الغير حراما فيجب الاحتراز لكونه ربويا بخلاف ما اذا اشترى
مجازفة لان الكل له ولم يذكر فساد البيع ونص فى الجامع الصغير على فساده وفى الفتح نقلا عن الجامع الصغير
لو اكله وقد قبضه بلا كيل لايقال انه اكله حراما لانه اكل ملك نفسه الا انه اثم لتركه ما امر به من الكيل
وكان هذا الكلام اصلا فى سائر المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها فاكلها وقد تقدم انه لايحل اكل ما
اشتراه فاسدا وهذا يبين ان ليس كل مالايحل اكله اذا اكله ان يقال فيه اكل حراما (وكفى كيل البايع
بعد العقد بحضرته) اى بحضرة المشترى لان المبيع صار معلوما به وتحقق التسليم (هو الصحيح) رد
لما قيل شرط كيلان كيل البايع بعد العقد بحضرة المشترى وكيل المشترى قبل التصرف فيه قيد ببعد العقد
وبحضرة المشترى لانه اذا كاله قبل العقد مطلقا او بعده فى غيبة المشترى لايكون كافيا كما فى البحر (ومثله) اى مثل
الكيلى (الوزنى والعددى) غير الدراهم والدنانير اى لايبيعه ولا يأكله حتى يزنه او يعده ثانيا ويكفى ان وزنه او عده
بعد البيع بحضرة المشترى وفى المجتبى لو اشترى المعدود عدا كالموز ونحوه حرمت الزيادة عليه هذا عند الامام فى اظهر
الروايتين وعنه انه كالمذروع وهو قولهما لانه ليس من الربويات فعلى هذا يلزم للمص التفصيل تدبر وانما قيدنا
بغير الدراهم والدنانير لانه يجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن كما فى الايضاح هذا كله فى غير بيع التعاطى
اما هو فلا يحتاج الى وزن المشترى ثانيا وان صار بيعا بالقبض بعد الوزن وفى الخلاصة وعليه الفتوى (لا المذروع)
اى لايحرم بل يجوز بيعه والتصرف فيه قبل اعادة الذرع بعد القبض لان الزيادة له اذ الذراع وصف فى الثوب
واحتمال النقص انما يوجب خياره وقد اسقط ببيعه بخلاف المقدر وفى التبيين هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى
فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع (وصح التصرف فى الثمن) ببيع وهبة واجارة ووصية وتمليك ممن عليه بعوض
وغير عوض (قبل قبضه) سواء كان مما لايتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر
من حنطة جاز ان يأخذ بدله شيئا آخر لان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك

فصل

منتف لعدم تعينها بالتعيين اى فى النقود بخلاف المبيع كما فى العناية وغيرها لكن المدعى عام وهو ان التصرف
فى الثمن قبل القبض جائز مطلقا سواء كان مما لايتعين او مما يتعين كما مر والدليل وهو انتفاء غرر الانفساخ بالهلاك
لعدم تعينها بالتعيين فيكون الدليل اخص من المدعى تدبر (والحط منه) اى صح حط البايع بعض الثمن ولو بعد
هلاك المبيع لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لايستلزم ثبوت مايقابله فيثبت الحط
فى الحال ويلتحق باصل العقد استنادا وفيه اشارة الى ان حط كل الثمن غير ملتحق بالعقد اتفاقا (و) صح (الزيادة فيه)
اى فى الثمن (حال قيام المبيع) ان قبل البايع فى المجلس حتى لو زاده فلم يقبل حتى تفرقا بطلت الزيادة كما فى الهداية
وغيرها فعلى هذا لو قيد به لكان اولى لانه مما لابد منه (لا بعد هلاكه) اى المبيع فى ظاهر الرواية اذ لو هلك المبيع او تغير
بتصرف المشترى فيه حتى خرج عن اطلاق اسمه عليه كبر طحن او خرج عن محلية المبيع كعبد دبر لايجوز الزيادة
اذ ثبوتها ملحوظ فى مقابلة الثمن وهو غير باق على حاله فلم يتصور التقابل فيه (وكذا) صح (الزيادة فى المبيع)
ولزم البايع دفعها ان قبل المشترى ذلك لانه تصرف فى حقه وملكه ويلتحق بالعقد فيصير حصة من الثمن حتى
لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لايسقط شئ
بهلاكها قبل القبض وكذا اذا زاد فى الثمن عرضا كما لو اشتراه بمائة وتقابضا ثم زاده المشترى عرضا قيمته خمسون
وهلك العرض قبل التسليم ينفسخ العقد فى ثلثه ولايشترط للزيادة هنا قيام المبيع فتصح بعد هلاكه بخلاف الزيادة
فى الثمن كما فى البحر وقال يعقوب پاشا وههنا كلام وهو ان الظاهر من الكافى ان الزيادة بعد تلف المبيع سواء كانت
فى الثمن او فى المبيع تصح فى رواية ولا تصح فى ظاهر الرواية لان الزيادة تغير العقد من وصف الى وصف فتستدعى
قيام العقد وقيامه بقيام المبيع وذكر فى بعض شروح الجامع الصغير ان الزيادة فى المبيع او الثمن انما تجوز اذا كان المبيع
قائما ولا تجوز لو كان المبيع هالكا فبين هذا وبين ما ذكرنا منافاة فليتأمل فى التوفيق (ويتعلق الاستحقاق بكل ذلك)
اى استحقاق البايع والمشترى بكل الثمن والمبيع والزائد والمزيد عليه فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا
وقال صدر الشريعة ويمكن ان يراد انه اذا استحق مستحق المبيع او الثمن فالاستحقاق يتعلق جميع مايقابله
من المزيد والمزيد عليه فلا يكون الزائد صلة مبتدأة كما هو مذهب زفر والشافعى انتهى واعترض عليه
صاحب الدرر بانه لايمكن ذلك لان مدار هذا الاستحقاق على الدعوى والبينة فان ادعى المستحق مجرد المزيد
عليه واثبته اخذه وان ادعاه مع الزيادة واثبته اخذه وكذا ان ادعى الزيادة فقط ثم ان حكم الالتحاق يظهر فى التولية
والمرابحة فليتأمل (فيرابح ويولى) هذا تفريع على صحة الزيادة والحط وعلى الحاقهما باصل العقد (على الكل
ان زيد وعلى ما بقى ان حط) لان كلا من الزيادة والنقصان ملتحق باصل العقد فتعتبر المرابحة والتولية بالنسبة اليه
(والشفيع يأخذ بالاقل فى الفصلين) اى فصل الزيادة على الثمن وفصل الحط عنه وان كان مقتضى الالحاق
بالاصل ان يأخذ بالكل فى صورة الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفى الزيادة ابطاله وليس لهما
ابطاله (ومن قال بع عبدك من زيد بالف على انى ضامن) كذا اى مائة مثلا (من الثمن سوى الالف اخذ)
اى مولى العبد (الالف من زيد والزيادة منه) اى من الضامن لان الزيادة المشروطة جعلت من الاصل (المقابل)
للمبيع فكانه التزم بعض ماورد عليه العقد من الثمن فيؤخذ منه (وان لم يقل من الثمن) والمسئلة بحالها (فالالف
على زيد) لانه ثمن العبد (ولاشئ عليه) من الثمن على المقابل لانه لم يرد فان قيل فكيف لاشئ عليه وعبارته
صريحة فى الضمان قلنا مبنى الكلام على انه قال بع عبدك من زيد بالف على انى ضامن سوى الالف فالضمان
اذن غير متعلق بالثمن فلاشئ عليه من الثمن هذه المسئلة من تفاريع زيادة الثمن وفى ذكرها فائدة جوازها من الاجنبى
ايضا ولهذا ذكرها المص فى هذا الباب ولقد اصاب ولم يذكر صاحب الهداية بل اوردها بعد السلم (وكل دين
اجل باجل معلوم صح تأجيله) وان كان حالا فى الاصل لان المطالبة حقه فله ان يؤخره سواء كان ثمن مبيع او غيره
تيسيرا على من له عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولابد من قبوله ممن عليه الدين فلو لم يقبله بطل التأخير
فيكون حالا ويصح تعليق التأجيل بالشرط كما فى البحر (الا القرض) استثناء من قوله وصح تأجيله اى فلا يصح
تأجيله لكونه اعارة وصلة فى الابتداء ومعاوضة فى الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لايلزم التأجيل فيه كما فى الاعارة
اذ لاجبر فى التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لايصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وفى الظهيرية
القرض المجحود يجوز تأجيله وفصل صاحب التنوير مسئلة القرض لكثرة الاحتياج اليها فى المعاملات فقال
القرض هو عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلى لرد مثله وصح فى مثلى لا فى غيره فصح استقراض الدراهم
والدنانير وكذا مايكال او يوزن او يعد متقاربا فصح استقراض جوز وبيض ولحم استقرض طعاما بالعراق

خذه صاحب القرض بمكة فعليه قيمته بالعراق يوم اقترضه عند ابى يوسف وعند محمد يوم اختصما وليس عليه
ان يرجع الى العراق فيأخذ طعامه ولو استقرض الطعام ببلدة فيه الطعام رخيص فلقيه المقرض فى بلدة فيه الطعام
غال فاخذه الطالب بحقه فليس له ان يحبس المطلوب ويؤمر المطلوب بان يوثق به حتى يعطيه طعامه فى البلد
الذى استقرض فيه استقرض شيئا من الفواكه كيلا اووزنا فلم يقبضه حتى انقطع فانه يجبر صاحب القرض على تأخيره
الى مجئ الحديث الا ان يتراضيا على القيمة ويملك المستقرض القرض بنفس القبض عند الشيخين خلافا لابى يوسف
اقرض صبيا فاستهلكه الصبى لايضمنه وكذا المعتوه ولو عبدا محجورا لايؤاخذ به قبل العتق وهو كالوديعة استقرض
من اخر دراهم فاتاه المقرض فقال المستقرض القهافى الماء فالقاها لاشئ على المستقرض والقرض لايتعلق
بالجائز من الشروط فالفاسد فيها لايبطله ولكنه يلغو شرطه رد شئ اخر فلو استقرض الدراهم المكسورة
على ان يؤدى صحيحا كان باطلا وعليه مثل ماقبض (الا فى الوصية) فهو استثناء من المستثنى يعنى اذا اوصى
ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة يجوز من الثلث ويلزم ولايطالب حتى تمضى المدة لانه وصية بالتبرع
والوصية يتسامح فيها نظرا للموصى الاترى انها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم (ولايصح التأجيل الى اجل مجهول
متفاحش) الجهالة (كهبوب الريح) ونزول المطر مثلا (ويصح فى المتقارب كالحصاد ونحوه) كما جاز ذلك فى الكفالة

باب الربوا

(* باب الربوا *) وجه مناسبته للمرابحة ان فى كل منهما زيادة الا ان تلك حلال وهذه حرام والحل هو الاصل فى الاشياء
فقدم مايتعلق بتلك الزيادة على مايتعلق بهذه والربوا بكسر الراء والقصر اسم من الربو بالفتح والسكون فلامه
واو ولذا قيل فى النسبة ربوى وفتحها خطاء وفى المصباح الربوا الفضل والزيادة وهو مقصور على الاشهر
وليس المراد مطلق الفضل بالاجماع وانما المراد فضل مخصوص فلذا عرفه شرعا بقوله (هو فضل مال) اى
فضل احد المتجانسين على الاخر بالمعيار الشرعى اى الكيل والوزن ففضل قفيزى شعير على قفيزى بر لايكون
ربوا (خال) ذلك الفضل (عن عوض) قيد به ليخرج بيع كر بر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير فان للثانى فضلا
على الاول لكنه غير خال عن العوض بصرف الجنس الى خلاف جنسه بان يباع كر بر بكرى شعير وكر شعير بكرى بر
(شرط) جملة فعلية صفة لفضل مال اى شرط ذلك الفضل (لاحد العاقدين) اى البايعين او المقرضين
او الراهنين للاحتراز عما اذا شرط لغيرهما وفى الاصلاح فى احد البدلين ولم يقل لاحد العاقدين لان العاقد
قد يكون وكيلا وقد يكون فضوليا والمعتبر كون الفضل للبايع او للمشترى انتهى لكن عقد الوكيل عقد للموكل
وعقد الفضولى يتوقف على قبول المالك فيصير العاقد حقيقة الموكل او المالك فلا حاجة الى التبديل تدبر
(فى معاوضة مال بمال) قيد بها للاحتراز عن هبة بعوض زائد ويدخل فيه ما اذا شرط فيه من الانتفاع بالرهن
كالاستخدام والركوب والزراعة واللبس واكل الثمر فان الكل ربوا حرام كما فى القهستانى (وعلته) لوجوب المماثلة
التى يلزم عند فواتها الربوا وفى اصطلاح الاصول العلة مايضاف اليه ثبوت الحكم بلا واسطة فخرج الشرط لانه
لايضاف اليه ثبوته والسبب والعلامة وعلة العلة لانها بالواسطة (القدر) لغة كون شئ مساويا لغيره بلا زيادة
ولا نقصان وشرعا التساوى فى المعيار الشرعى الموجب للمماثلة الصورية وهو الكيل والوزن (والجنس) اى مع
اتحاد الجنس فى العوضين فالعلة مجموع الوصفين عندنا لان الاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام
الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب
والفضة اى بيعوا مثلا بمثل او بيع الحنطة بالحنطة مثل بمثل حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب
باعرابه ومثل خبره ولما كان الامر للوجوب والبيع مباح صرف الوجوب الى رعاية المماثلة كما فى قوله تعالى فرهان
مقبوضة حيث صرف الايجاب الى القبض فصار شرطا للرهن والمماثلة بين الشيئين يكون باعتبار الصورة والمعنى
معا والقدر يسوى الصورة كما بيناه والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل الذى هو الربوا ولايعتبر الوصف
لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء (فحرم) تفريع على كون العلة القدر والجنس (بيع الكيلى والوزنى بجنسه)
كبيع الحنطة بالحنطة والذهب بالذهب مثلا (متفاضلا) لوجود الربوا فى ذلك (او نسئة) اى باجل لما فى ذلك شبهة
الفضل اذ النقد خير (ولو) وصلية (غير مطعوم) خلافا للشافعى فان علة الربوا عنده الطعم فى المطعومات والثمنية
فى الاثمان والجنسية شرط لعمل العلة عملها حتى لاتعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية (كالجص)
من المكيلات (والحديد) من الموزونات والطعم غير معتبر عندنا (وحل) بيع ذلك (متماثلا بعد التقابض او متفاضلا
غير معير كحفنة بحفنتين) لانتفاء جريان الكيل ومادون نصف صاع فهو فى حكم الحفنة لانه لاتقدير للشرع
بمادونه واما اذا كان احد البدلين يبلغ حد نصف الصاع او اكثر والاخر لم يبلغه فلا يجوز كما فى العناية (وبيضة

(ببيضتين وتمرة بتمرتين) وحاصله ان مالا يدخل تحت المعيار وهو الكيل والوزن اما لقلته كالحفنة والحفنتين والتمرة
والتمرتين واما لكونه عدديا لايباع بالمعيار الشرعى كالبيضة والبيضتين والجوزة والجوزتين يحل البيع متفاضلا
لعدم جريان القدر والمعيار فلايوجد المساواة فلم يتميز الفضل وبقى على الاصل وهو الحل عندنا خلافا للشافعى
لوجود علة الحرمة وهى الطعم مع عدم المخلص وهو المساواة فيحرم لان الاصل عنده الحرمة (فان وجدا) فان
اى الكيل او الوزن مع الجنس (حرم الفضل) كقفيز بر بقفيزين منه (و) حرم (النساء) ولو مع التساوى كقفيز بر
بقفيز منه احدهما او كلاهما نسئة لوجود العلة (وان عدما) اى كل منهما (حلا) اى الفضل والنسأ لعدم العلة الموجبة
المحرمة اذ الاصل الجواز والحرمة بعارض فيجوز مالم يثبت فيه دليل الحرمة (وان وجد احدهما فقط حل التفاضل)
كما اذا بيع قفيز حنطة بقفيزى شعير يدا بيد حل الفضل فان احد جزئى العلة وهو الكيل موجود هنا دون الجزء
الاخر وهو الجنسية وان بيع خمسة اذرع من الثوب الهروى بستة اذرع منه يدا بيد حل ايضا لان الجنسية
موجودة دون القدر (لا النسأ) اى لايحل النسأ فى هاتين الصورتين ولو بالتساوى وذلك لان جزء العلة وان كان
لايوجب الحكم لكنه يورث الشبهة فى الربوا والشبهة فى باب الربوا ملحقة بالحقيقة لكنها ادون من الحقيقة فلابد
من اعتبار الطرفين فى النسئة احد البدلين معدوم وبيع المعدوم غير جائز فصار هذا المعنى مرجحا لتلك الشبهة
فلا يحل وفى غير النسئة لم تعتبر الشبهة لما قلنا ان الشبهة ادون من الحقيقة على ان الخبر المشهور وهو قوله عليه السلام
اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد يؤيد ماقلنا وعند الشافعى ان الجنس بانفراده لايحرم
النسأ كما فى شرح الوقاية ثم فرعه بقوله (فلا يصح سلم هروى فى هروى) لوجود الجنس (و) النسأ فى المسلم فيه
(ولا) سلم (بر فى شعير) وجود القدر مع النسأ (وشرط التعيين والتقابض) فى المجلس (فى الصرف) لقوله عليه السلام
الفضة بالفضة هاء وهاء معناه خذ يدا بيد والمراد به القبض كنى بها عنه لانها آلته (و) شرط (التعيين فقط فى غيره
فى غير عقد الصرف من الربويات ولايشترط التقابض فى بيع الطعام بمثله عينا حتى لو باع برا ببر بعينهما وتفرقا قبل
القبض جاز عندنا خلافا للشافعى وانما قلنا بمثله اذ التفاضل لايجوز اتفاقا وانما قلنا عينا اذ لو لم يكن معينا لايجوز
اتفاقا اما عندنا فلعدم العينية واما عنده فلعدم القبض وللشافعى قوله عليه السلام الطعام بالطعام يدا بيد ولانه
لو لم يقبض فى المجلس يتعاقب القبض فيوجد فى القبض الاول مزية فيتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين
فلايشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن فى التصرف فيه فيترتب ذلك على التعيين
بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين لما رواه عبادة بن الصامت
كذا وتعاقب القبض لايعتبر تفاوتا فى مال عرفا بخلاف النقد والاجل (ومانص) على صيغة المجهول (على تحريم
الربوا فيه كيلا فهو كيلى ابدا كالبر والشعير والتمر والملح و) ان نص (على تحريمه) اى تحريم الربوا فيه (وزنا فهو
وزنى ابدا كالذهب والفضة ولو) وصلية (تعورف بخلافه) لان النص قاطع واقوى من العرف والاقوى لايترك
بالادنى (ومالا نص فيه) اى فى كونه كيليا او وزنيا (حمل على العرف كغير الستة المذكورة) من البر الى الفضة لان
الشرع اعتبر عادة الناس لقوله عليه السلام مارأه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وقال الشافعى هو محمول
على عادة اهل الحجاز فى عهد رسول الله عليه السلام قلنا ذلك فى نصاب الزكوة والكفارات لان الامة اجتمعت على
خلاف ذلك فى البياعات وعن ابى يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك بمكان
العرف وقد تبدل فيتبدل حكمه وقال المولى سعدى استقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا على ماهو المتعارف
فى زماننا ينبغى ان يكون مبنيا على هذه الرواية ثم فرعه بقوله (فلا يجوز بيع البر بالبر متماثلا وزنا) لان البر كيلى شرعا
لا وزنى (ولا) يجوز بيع (الذهب بالذهب متماثلا كيلا) لان الذهب وزنى لا كيلى وان تعارفوا ذلك لاحتمال الفضل
على ماهو المعيار فيه (وجاز بيع فلس معين بفلسين معينين) عند الشيخين (خلافا لمحمد) بيع الفلس بجنسه متفاضلا
يحتمل وجوها الاول ان يكون كلاهما فى البيع معينا الثانى ان يكون المبيع معينا والثمن غير معين الثالث عكس الثانى
الرابع ان يكون كل منهما غير معين والكل فاسد سوى الوجه الاول له ان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل
باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لاتتعين فصار كبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية فى حقهما تثبت باصطلاحهما
اذ لاولاية للغير عليهما وتبطل باصطلاحهما واذا ابطلت تتعين بالتعيين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة (ويجوز
بيع الكرباس بالقطن) وكذا بالغزل كيف ما كان لاختلافهما جنسا لان الثوب لاينقض ليعود غزلا او قطنا والكرباس
الثياب من القطن والجمع كرابيس كما لو باع القطن بغزله فانه يجوز كيف ما كان لاختلاف الجنس وهو قول محمد وقال
ابو يوسف لايجوز الا متساويا وقول محمد اظهر وفى الحاوى وهو الاصح ولو باع قطنا غير محلوج بمحلوج جاز اذا علم

ان الخالص اكثر مما فى الاخر والا لايجوز و لو باع القطن غير المحلوج بحب القطن فلابد ان يكون الحب الخالص اكثر من الحب الذى فى القطن (و) يجوز (بيع اللحم بالحيوان) عند الشيخين (وعند محمد) وهو قول الشافعى (لايجوز بيعه) اى بيع اللحم (بحيوان جنسه حتى يكون اللحم اكثر مما فى الحيوان) ليكون اللحم بمقابلة ما فيه والباقى من اللحم بمقابلة السقط كالجلد والكرش والامعاء والطحال لانهما جنس واحد ولهذا لايجوز بيع احدهما بالاخر نسيئة فكذا متفاضلا كالزيت بالزيتون وهو القياس ولهما ان الحيوان ليس لحمه بمال ولاينتفع به انتفاع اللحم وماليته معلقة بالزكوة فيكون جنسا آخر بخلاف الزيت والزيتون وهو الاستحسان قيد باللحم لانه لو باع احد الشاتين المذبوحتين الغير المسلوختين بالاخرى جاز اتفاقا بان يجعل لحم كل منهما بجلد الاخر ولو كانتا مسلوختين يجوز اذا تساويا وزنا ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحة يجوز اتفاقا موضع الخلاف بيع اللحم من جنس ذلك الحيوان (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متماثلا كيلا) لامتفاضلا لاتحاد الاسم والصورة والمعنى وبه تثبت المجانسة من كل وجه ولايعتبر احتمال التفاضل كما فى البر بالبر وقيده ابن الفضل بما اذا كانا مكبوسين والا لايجوز خلافا للشافعى لعدم الاعتدال فى دخوله الكيل لانه منكبس وممتلئ جدا وقوله كيلا احتراز عن الوزن لان فيه روايتين وعن الجزاف واشارة الى نفى قول الشافعى (لا) يجوز بيع الدقيق (بالسويق) اى اجزاء حنطة مقلية والدقيق اجزاء حنطة غير مقلية (اصلا) اى لامتفاضلا ولامتساويا عند الامام لانه لايجوز بيع الدقيق بالمقلية ولابيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة وبيع المقلية والسويق متساويا جاز لاتحاد الاسم (خلافا لهما) اى قالا يجوز كيف ما كان لاختلاف الجنس ولكن يدا بيد لان القدر يجمعهما (ويجوز بيع الرطب بالرطب متماثلا) خلافا الشافعى (وكذا) يجوز (بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب متماثلا) عند الامام لان الرطب والتمر متجانسان بالذات لابالصفات فيدخل تحت قوله عليه السلام التمر بالتمر مثل بمثل وان لم يتجانس على زعم المخالف يجوز ايضا لدخوله تحت قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد (خلافا لهما) لانتقاص الرطب بالجفاف وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف (وكذا) يجوز (بيع البر رطبا) بفتح الراء وسكون الطاء (اومبلولا بمثله او باليابس) (و) بيع (التمر) والزبيب منقعين بمثلهما (متساويا) حال من الجميع يعنى يجوز بيع البر رطبا اومبلولا بمثله او باليابس (و) بيع (التمر والزبيب منقعين بمثلهما متساويا) عند الشيخين لان حال المبيع معتبر وقت العقد فيعتبر التساوى فيه اختلفت الصفة او لم تختلف (خلافا لمحمد) فى جميع ذلك لانه اعتبر التساوى فى الحال والمآل وترك ابو يوسف الاصل الذى هو تحقق التساوى حال العقد فى بيع الرطب بالتمر وكان مع محمد لحديث النبى عليه السلام انه سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال النبى عليه السلام او ينقص اذا جف فقيل نعم قال لا اذا فبقى الباقى على القياس (ويجوز بيع لحم حيوان بلحم حيوان غير جنسه متفاضلا) نقدا (وكذا اللبن) وعن الشافعى انهما جنس واحد لاتحاد المق فلايجوز الامتساويا ولنا ان الاصول مختلفة حتى لايضم بعضها الى بعض فى الزكوة فكذا اجزاؤها وقيدنا بالنقد لان بيعه نسيئة غير جائز بالاتفاق (والجاموس مع البقر جنس واحد وكذا المعز مع الضأن والبخت مع العراب) فلايجوز بيع لحم البقر بالجاموس متفاضلا لاتحاد الجنس بدليل الضم فى الزكوة للتكميل فكذا اجزاؤهما مالم يختلف المق كشعر المعز وصوف الضأن فانهما جنسان فان قلت لم جاز لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا مع انه جنس واحد ولم يتبدل بالصفة قلنا انما جاز لانه غير موزون عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد العلة فحاصله ان الاختلاف باختلاف الاصل او المق او بتبدل الصفة وفى الفتح ينبغى ان يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن فى عادة اهل مصر بعظمه (ويجوز) بيع (خل العنب بخل الدقل) نقدا (متفاضلا) لانهما جنسان متغايران كاصلهما (وكذا شحم البطن بالالية او باللحم) اى يجوز بيعها متفاضلا وان كانت كلها من الضأن لانها اجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد (و) يجوز بيع (الخبز بالبر او الدقيق او السويق) متفاضلا لعدم التجانس لان الخبز وزنى او عددى والبر كيلى بالنص ولم يجمعهما قدر وكذا بيع الخبز بالدقيق او السويق متفاضلا لما ذكرنا من عدم التجانس فلم توجد علة الربوا هذا اذا كانا نقدين واما اذا كان احدهما نسيئة سواء كان خبزا او برا او دقيقا فيجوز فى صورة كون البر نسيئة عند الامام لانه اسلم موزونا فى مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره قيل يفتى به ويجوز فى صورة كون الخبز نسيئة عند ابى يوسف لانه اسلم فى موزون وقيل يفتى به وعن هذا قال (وان) وصلية (كان احدهما نسيئة به يفتى) للتعامل وفى الحاوى ويجوز بيع اللبن بالجبن (ولايجوز بيع الجيد بالردى) اذا قوبل بجنسه (مما فيه الربوا الا متساويا) لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء (وكذا) لايجوز بيع (البسر بالتمر) لاطلاق التمر على البسر (ولا) يجوز بيع (البر بالدقيق او بالسويق او بالنخالة مطلقا) اى لا متساويا

ولا

ولامتفاضلا لان المجانسة باقية من وجه باعتبار انها اجزاء الحنطة (ولا) يجوز (بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت) فى صورة بيع الزيتون به (والشيرج) فى صورة بيع السمسم به (اكثر مما فى الزيتون) والسمسم وفيه اللف والنشر المرتب وهو ان يرجع الاول للاول والثانى للثانى (لتكون الزيادة بالثجير) بفتح الثاء المثلثة ثفل كل شئ يعصر اعلم ان البيع لايجوز فى ثلث صور الاولى ان يعلم ان الزيت الذى فى الزيتون اكثر لتحقق الفضل من الدهن والثفل الثانية ان يعلم التساوى لخلو الثفل عن العوض الثالثة ان يعلم انه مثل او اكثر او اقل فلايصح عندنا لان الفضل المتوهم كالمتحقق احتياطا وعند زفر جاز لان الجواز هو الاصل والفساد لوجود الفضل الخالى فما لم يعلم لايفسد ويجوز البيع فى صورة بالاجماع ان يعلم ان الزيت المنفصل اكثر ليكون بالفضل وكل شئ بمثله قيمة اذا بيع بالخالص منه لايجوز حتى يكون الخالص اكثر كبيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه كما فى البحر (ولايستقرض الخبز اصلا) اى لاوزنا ولاعددا عند الامام للتفاوت الفاحش من حيث الطول والعرض والغلظ والدقة ومن حيث الخباز والتنور (وعند ابى يوسف) يجوز استقراضه (وزنا) لامكان التساوى فى الوزن لاعددا للتفاوت فى آحاده وبه يفتى وبه جزم صاحب الكنز وذكر الزيلعى ان الفتوى على قول ابى يوسف (وعند محمد يجوز عددا ايضا) للتعارف والتعامل وفى شرح المجمع الفتوى على قول محمد وفى الفتح وانا ارى قول محمد احسن لكونه ايسر وارفق (ولاربوا بين السيد وعبده) لانه ومافى يده ملكه اطلقه وقيده بعض الفضلاء بما اذا لم يكن دين مستغرق لرقبته وكسبه واما اذا كان مستغرقا فيجرى الربوا بينهما اتفاقا لعدم الملك عنده للمولى فى كسبه كالمكاتب وعندهما لتعلق حق الغير لكن اذا لم يكن ما معه لمولاه بان كان مديونا سواء كان الدين لمولاه كالمكاتب اولغيره فيتقرر البيع بينهما فيصير الحكم كحكم سائر البيوع ولذا لم يفصل تدبر وفى البحر ولاربوا بين المتفاوضين وشريكى العنان اذا تبايعا من مال الشركة وان كان من غيره جرى بينهما (ولا) ربوا (بين المسلم والحربى فى دار الحرب) عند الطرفين خلافا لابى يوسف والشافعى اعتبارا بالمستأمن منهم فى دارنا ولهما قوله عليه السلام لاربوا بين المسلم والحربى فى دار الحرب ولان مالهم مباح فى دارهم فباى طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان قال فى التسهيل وغيره ويجوز الربوا عند الامام بين مسلم ومن آمن ثمه لعدم العصمة فى مال من اسلم ثمه فصار كمال الحربى ويجوز للمسلم اخذ مال الحربى برضاه ولهما انه ربوا جرى بين مسلمين فحرم وفيه كلام وهو ان عدم العصمة ممنوع الا يرى ان الغانمين لم يملكوا مافى يد من اسلم ثمه اذا ظهروا عليهم انتهى لكن يمكن الفرق بان بيع الشئ من الربويات بجنسه متفاضلا يكون برضاه بخلاف ما اذا ظهروا عليهم واخذوا مافى يد من اسلم ثمه لانهم اخذوا قهرا لابالرضاء فافترقا تدبر * باب الحقوق والاستحقاق (* كان من حق مسائل الحقوق ان يذكره فى الفصل المتصل باول البيوع الا ان المص التزم ترتيب الهداية كما التزم صاحب الهداية ترتيب الجامع الصغير ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع الا ان صاحب الهداية ذكر مسائل الحقوق فى باب على حدة ثم ذكر مسائل الاستحقاق فى باب آخر والمص ذكرهما فى باب وليت شعرى لم ترك اسلوبه والحقوق جمع حق وهو خلاف الباطل وهو مصدر حق الشئ من بابى ضرب وقتل اذا وجب وثبت ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها وتمامه فى البحر فليراجع (يدخل العلو والكنيف فى بيع الدار) وان لم يذكر بكل حق هو لها ونحوه لان الدار اسم لما يدار عليه الحدود من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من اجزائه فيدخل فيه من غير ذكر وكذا الكنيف داخل فيما اطلق عليه وان كان خارجا مبنيا على الظلة لانه يعد منها عادة وكذا يدخل بئر الماء والاشجار التى فى صحنها والبستان الداخل واما الخارج فان كان اكثر منها اومثلها لايدخل الابالشرط وان كان اصغر منها يدخل لانه يعد من الدار عرفا والكنيف المستراح كما فى البحر وفى البناية الدار لغة اسم لقطعة ارض ضربت لها الحدود وميزت عما يجاورها بادارة خط عليها فبنى على بعضها دون البعض ليجمع فيها مرافق الصحراء للاستراوح ومنافع الابنية للاسكان وغير ذلك ولا فرق بين ما اذا كانت الابنية بالماء والتراب او بالخيام والقباب (لا) تدخل (الظلة) فى بيع الدار الظلة الساباط الذى يكون احد طرفيه على الدار والطرف الاخر على دار اخرى او على اسطوانات فى السكة ومفتحها فى الدار المبيعة كما فى الفتح وفى البحر وغيره وفى الصحاح الظلة بالضم كهيئة الصفة وفى المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التى تكون فوق الباب انتهى لكن عمم فى الاصلاح فقال او على الاسطوانات فى السكة سواء كان مفتحها الى الدار اولا ومن وهم انها السدة التى فوق الباب فقد وهم انتهى (الا بذكر كل حق هو لها) اى للدار (او بمرافقها) اى بذكر مرافقها وهى حقوقها اى بعتها لك بمرافقها (او بكل) حق (قليل وكثير هو فيها او منها) فح تدخل الظلة فى بيعها عند الامام (وعندهما تدخل) اى الظلة من غير ذكر شئ مما ذكرنا ان كان

باب الحقوق والاستحقاق

دخولها فى الدار لانها من توابع الدار وله ان الظلة تابعة للدار من حيث ان قرار احد طرفيها على بناء الدار وليست تابعة لها من حيث ان قرار طرفها الاخر على غير بنائها فلا يدخل بلا ذكر الحقوق وتدخل بذكرها عملا بالشبهين ولو كان خارج الدار مبنيا على الظلة يدخل فى بيع الدار بلا ذكر الحقوق لانها تعد من الدار عادة وفى الخانية ويدخل الباب الاعظم فيما باع بيتا ودارا بمرافقهما لان الباب الاعظم من مرافقهما (ولا يدخل العلو فى شراء منزل الا بذكر نحو كل حق) اى الا ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه لان المنزل بين الدار والبيت اذ يتأتى فيه مرافق السكنى بنوع قصور بانتفاء منزل الدواب فيه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر الحقوق ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه (ولا) يدخل العلو (فى شراء بيت وان) وصلية (ذكر كل حق) ونحوه ما لم ينص عليه لان البيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشئ لا يستتبع مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه وفى الكافى ان هذا التفصيل مبنى على عرف الكوفة وفى عرفنا يدخل العلو فى الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار والاحكام تبتنى على العرف فيعتبر فى كل اقليم وفى كل عرف اهله (ولا) يدخل (الطريق) فى بيع ما له طريق (ولا) يدخل (المسيل) فى بيع ما له مسيل (ولا) يدخل (الشرب) فى بيع ما له شرب (الا بذكر نحو كل حق) لان هذه الاشياء تابعة من وجه باعتبار وجودها بدون المبيع فلا يدخل الا بذكر نحو كل حق وفى القهستانى واللام للعهد اى مسيل الماء والنهر فى ملك خاص وشرب الارض ومائها وينبغى ان لا يدخل الشرب اصلا فى موضع يتعارف بيع الارض بلا شرب وطريق الدار عرضه عرض الباب الذى هو مدخلها وطوله منه الى الشارع او هو اعم ومن طريق خاص فى ملك انسان وقت البيع فلو سد الطريق القديم لم يدخل بذكره فالطريق الى الشارع العام والى سكة غير نافذة تدخل فى البيع كما فى المحيط لكن فى الخلاصة ان الاخيرة لا تدخل الا بما ذكر بخلاف الطريق النافذة فانها لا تدخل اصلا وان كان له حق المرور كما كان قبل الشراء (وتدخل) هذه الاشياء (فى الاجارة بدون ذكر) نحو كل حق اذ لم ينتفع الموجر بدونها ومثلها الرهن والصدقة الموقوفة وقال العينى ولا يدخل مسيل ماء الميزاب اذا كان فى ملك خاص ولا مسقط الثلج

فصل

(* فصل *) فى بيان احكام الاستحقاق (البينة حجة متعدية) الى الغير تظهر فى حق كافة الناس لان البينة لا تصير حجة الا بقضاء القاضى وله ولاية عامة فينفذ قضاؤه فى حق الكافة كما فى التبيين وظاهره ان معنى التعدى انه يكون القضاء بها قضاء على كافة الناس فى كل شئ قضى به بالبينة وليس كذلك وانما يكون القضاء على الكافة فى عتق ونحوه كما مر تحقيقه (والاقرار حجة قاصرة) فلا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه (والتناقض يمنع دعوى الملك لا) يمنع التناقض دعوى (الحرية والطلاق والنسب) لان القاضى لا يمكنه ان يحكم بالكلام المتناقض اذ احدهما ليس باولى من الآخر فسقطا غير ان الحرية والطلاق والنسب فيعذر فى التناقض لان النسب يبتنى على العلوق والطلاق والحرية ينفرد بهما الزوج والمولى فيخفى عليهم كما فى التبيين (فلو ولدت امة مبيعة) تفريع على كون البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة يعنى لو اشترى امة فولدت عنده من غير مولاه وفى الكافى ولدت لا باستيلاد (فاستحقت ببينة تبعها ولدها) فى كونه مستحقا وملكا لمن برهن (ان كان فى يده) اى فى يد المشترى (وقضى به) اى بالولد (ايضا) وهو الاصح لان محمدا قال اذا قضى القاضى بالاصل للمستحق ولم يعرف الزوائد او فى يد آخر وهو غائب لم يدخل الزوائد تحت القضاء لانفصالها عن الاصل يوم القضاء فعلى هذا ظهر تقييده بان كان فى يده (وقيل يكفى القضاء بالام) لانه تبع لها فيدخل فى الحكم عليها (وان اقر) المشترى (بها) اى بالامة المبيعة (لرجل لا يتبعها ولدها) فيأخذ المقر له الامة لا ولدها والفرق ان البينة تثبت الملك من الاصل والولد كان متصلا بها يومئذ فثبت بها الاستحقاق فيهما والاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك فى المخبر به ضرورة صحة الخبر وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة لم يذكر النكول لانه فى حكم الاقرار وفى البحر نقلا عن النهاية انما لا يتبعها الولد فى الاقرار اذا لم يدعه المقر له اما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له ولا خصوصية للولد بل زوائد المبيع كلها على التفصيل انتهى لكن الظ لا يصلح حجة للاستحقاق كما قاله المولى سعدى وفى البزازية واستحقاق الجارية بعد موت الولد لا يوجب على المشترى شيئا كزوائد المغصوب (وان قال شخص لاخر) اى لرجل يطلب شراء عبد (اشترنى فانا عبد) لفلان (فاشتراه) اى الرجل العبد بناء على كلامه (فاذا هو حر) اى ظهر انه حر واذا هنا للمفاجأة (فان كان البائع حاضرا او) غائبا كان (مكانه معلوما لا يضمن) العبد الآمر لوجود من عليه الحق وهو البائع (والا) اى وان لم يكن البائع حاضرا ولم يكن مكانه معلوما (ضمن) اى رجع المشترى على العبد بالثمن عند الطرفين لان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه والمشترى اعتمد على امره واقراره انه عبده اذ القول قوله فى الحرية فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرر والضرر (ورجع) العبد (على البائع) بالثمن (اذا حضر

لانه

لانه قضى دينا عليه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا وعند ابى يوسف لا يرجع المشترى على العبد بشئ لان ضمان الثمن بالمعاوضة او بالكفالة فلم توجد منهما كما قال اشترنى او قال انا عبد ولم يزد على ذلك فانه لا رجوع عليه بشئ بالاتفاق كما فى الفتح لكن فى العناية ما يخالفه فلينظر ثمه (وان قال ارتهنى) فانا عبد فارتهنه فاذا هو حر (فلا ضمان اصلا) سواء كان البائع حاضرا او لا وسواء كان مكانه معلوما او غير معلوم لان الرهن لم يشرع معاوضة وموجب الضمان هو الغرور فى المعاوضات (ومن ادعى حقا مجهولا فى دار) فانكر المدعى عليه ذلك (فصولح) من الحق المجهول (على شئ) كمائة درهم مثلا فاخذه المدعى (فاستحق بعضها) اى بعض الدار (فلا رجوع عليه) اى على المدعى بشئ من البدل لجواز ان يكون دعواه فيما بقى وان قل فما دام فى يده شئ لم يرجع (ولو استحق كلها) اى كل الدار التى ادعاها (رد) اى رد المدعى (كل العوض) للتيقن بانه اخذ عما لا يملكه فيرده (وفهم منه) اى من المذكور (صحة الصلح عن المجهول) على معلوم وفهم منه ايضا عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح وفى المنح استفيد مما تقدم من الحكم شيئان احدهما ان الصلح عن المجهول جائز لانه لا يفضى الى المنازعة الثانى ان صحة الصلح لا يتوقف على صحة الدعوى لصحته هو دونها حتى لو برهن لم تقبل الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه به قيد بالمجهول لانه ادعى قدرا معلوما كربعها لم يرجع ما دام فى يده ذلك المقدار وان بقى اقل منه رجع بحساب ما استحق والمص اقتصر بالاولى فقد قصر تدبر (ولو) كان المدعى (ادعى كلها) اى كل الدار فصولح على شئ كمائة مثلا ثم استحق شئ منها (رد) اى المدعى (حصة ما يستحق ولو) كان المستحق (بعضا) من الدار لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شئ تبين ان المدعى لا يملك ذلك فيرد بحسابه من العوض كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ان الواو فى ولو زائدة لان المعنى ح او كان المدعى ادعى كلها فصولح على شئ ثم استحق الكل رد المدعى حصة ما يستحق وليس كذلك بل يرد ح كل العوض كما مر آنفا بل المراد ههنا رد المدعى حصة ما يستحق لو كان المستحق بعضا تدبر ثم ذكر احكام الفضولى بلا فصل فقال (ولمن باع فضولى) هو نسبة الى الفضول جمع الفضل اى الزيادة وفى المغرب وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه قيل فضول بلا فضل ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولى وهو فى اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ كما فى البحر (ملكه) مفعول باع (ان يفسخه) مبتدأ مؤخر خبره لمن (وله) اى للمالك (ان يجيزه) يعنى ينعقد بيعه موقوفا على اجازة المالك بالشرائط الاربعة كما فى البحر وبينها بقوله (بشرط بقاء العاقدين) اى وله ان يجيزه ان شاء بشرط بقاء البائع والمشترى اما شرط بقاء البائع فلان حقوق العقد لم يلزمه حال حيوته فلا يلزمه بعد وفاته واما بقاء المشترى فلان الثمن لم يلزمه فى حال فكيف لزمه بعد وفاته (و) بشرط بقاء (المعقود عليه) اى المبيع والمراد بكون المبيع قائما ان لا يكون متغيرا بحيث يعد شيئا آخر لان الملك لم ينتقل اليه بالعقد فلا ينتقل بعد هلاكه وفى البحر ولو لم يعلم حال المبيع وقت الاجازة من بقائه وعدمه جاز البيع فى قول ابى يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع وقال لا يصح ما لم يعلم بقاؤه (و) بشرط بقاء (المالك الاول) لانه بموته يبطل العقد الموقوف فبعد ذلك لا يفيد اجازة الوارث وانما جاز بيع الفضولى عندنا لان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر فى انعقاده موقوفا فينعقد وليس فيه ضرر على المالك لانه مخير فاذا رأى المصلحة فيه نفذه والا فسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن ويسقط رجوع حقوق العقد اليه فثبت للفضولى القدرة الشرعية احرازا لهذه المنافع على ان الاذن له ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع خلافا للشافعى اذ عنده تصرفات الفضولى باطلة كلها وقيد المص بالاول مستدرك لا طائل تحته تتبع (وكذا) بشرط بقاء (الثمن ان كان) الثمن عرضا لان العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاؤه وبهذا يفهم ان الثمن ان كان دينا يحتاج الى اربعة اشياء وان كان (عرضا) يحتاج الى خمسة اشياء فلا وجه بالحصر الى الاربعة كما قيل تدبر (واذا اجاز) المالك عند قيام الخمسة المذكورة جاز البيع (فالثمن العرض ملك للفضولى) اى ان كان الثمن عرضا كان مملوكا للفضولى واجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد لانه لما كان العرض معينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر ان وجد نفاذا فيكون ملكا له وباجازة المالك لا ينتقل اليه بل تأثير اجازته فى النقد لا فى العقد (وعليه) اى يجب على الفضولى (مثل المبيع لو) كان (مثليا والا) اى وان لم يكن مثليا (فقيمته) لانه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له فى ضمن الشراء فيجب عليه رده كما قضى دينا بمال الغير واستقراض غير المثلى جائز ضمنا وان لم يجز قصدا (وغير العرض) يعنى ان كان الثمن فى بيع الفضولى دينا غير عرض كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلى والوزنى بغير عينهما فاجاز المالك البيع حال بقاء الاربعة جاز البيع وهو والثمن (ملك للمجيز امانة فى يد الفضولى) بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك فى يده سواء هلك بعد الاجازة او قبله لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (وللفضولى

(ان يفسخ قبل اجازة المالك) دفعا للحقوق عن نفسه لان حقوق البيع ترجع اليه بخلاف الفضولى فى النكاح حيث لا يكون الفسخ له قبل الاجازة لان الحقوق لا ترجع اليه (وصح اعتاق المشترى) اسم مفعول او فاعل صلته (من الغاصب اذا اجيز البيع) يعنى لو غصب عبدا فباعه ثم اعتقه المشترى من الغاصب ثم اجاز المولى البيع صح العتق استحسانا عن المشترى عند الشيخين (خلافا لمحمد) وزفر وهو رواية عن ابى يوسف وهو القياس لانه لا عتق بدون الملك ووجه الاستحسان ان الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه (ولا يصح بيعه) اى بيع المشترى من الغاصب عند اجازة المغصوب منه البيع الاول لان بالاجازة تثبت للبايع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف ابطله لاستحالة الملك البات والملك الموقوف فى محل واحد (ولو قطعت يده) اى يد العبد الذى باعه الفضولى (عند المشترى فاجيز) اى اجاز المالك البيع (فارشه) اى ارش يد العبد (له) اى لمشتريه لان الملك ثبت له من وقت الشراء فتبين ان القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع كالكسب والولد والعقر قبل الاجازة يكون للمشترى وكذا الحكم فى ارش جميع جراحاته فذكر اليد مثال وهو لا يخص كما لا يخفى وفيه سؤال وجواب فى المنح وغيره فليطالع (ويتصدق المشترى) بما زاد من ارش اليد (على نصف ثمنه) اى ثمن العبد وجوبا لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وارش اليد الواحدة فى الحر نصف الدية وفى العبد نصف القيمة والذى دخل فى ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فيما زاد على نصف الثمن شبهة عدم الملك فيتصدق به وجوبا واورد وجوب التصدق بالزائد كما هو ظاهر ما فى الفتح وقيد بما زاد لانه لا يتصدق بالكل وان كان فيه شبهة عدم الملك لكونه مضمونا عليه بخلاف ما زاد ووزع فى الكافى فقال ان لم يكن مقبوضا ففيما زاد ربح ما لم يضمن وان كان مقبوضا ففيه شبهة عدم الملك كما فى البحر (ومن اشترى عبدا من غير سيده) ثم اقام المشترى (البينة) بعد ما ادعى على البايع انه اقر قبل البيع بانى ابيع بغير امر مولاه او بعد البيع بانى بعت بغير امره او على المولى انه اقر بعدم امر البيع (على اقرار البايع) الفضولى (او السيد) حال ارادة رد العبد على الاقرار (بعدم الامر) ببيع العبد المذكور (واراد) المشترى (رده) اى العبد (لا تقبل) بينته لبطلان دعواه بالتناقض اذ اقدامهما على العقد اعتراف منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال المسلم العاقل مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة لا تبتنى الا على دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا تقبل كما لو اقام البايع البينة انه باع بلا امر او برهن على اقرار المشترى بذلك فانه لا تقبل (ولو اقر البايع) الفضولى (بذلك) اى بعدم امر رب العبد (عند القاضى فله) اى للمشترى (الرد) ان طلب المشترى ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشترى ان يساعده فيتفقان فينتقض فى حقهما وهو المراد ببطلان البيع فى عبارته لا فى حق رب العبدان كذبهما وادعى انه كان امره فاذا لم ينفسخ فى حقه يطالب البايع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له مطالبة المشترى لبراءته بالتصادق وعند ابى يوسف له ان يطالبه فاذا ادى رجع به على البايع بناء على ابراء الوكيل وتمامه فى البحر فليراجع (ولو اشترى دارا من فضولى وادخلها) المشترى (فى بنائه فلا ضمان على الفضولى) عند الامام وقول ابى يوسف اخرا (خلافا لمحمد) وقول ابى يوسف اولى وفى البحر يعنى اذا اقر البايع بالغصب وانكر المشترى لان اقراره لا يصدق على المشترى ولا بد من اقامة البينة لا الى عقد البايع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا يعلم ان قوله وادخلها المشترى فى بنائه اتفاقى وانما ذكره ليعلم حكم غيره بالاولى واراد بالدار العرصة بقرينة ادخلها فى بنائه ❊)

باب السلم

باب السلم (❊ لما كان من انواع البيوع ولكن شرط فيه القبض كالصرف اخرهما وقدمه على الصرف لان الشرط فى الصرف قبضهما وفى السلم قبض احدهما فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو فى اللغة عبارة نوع بيع يعجل فيه الثمن قيل وفى اصطلاح الفقهاء هو اخذ عاجل بآجل وفى البحر نقلا عن الفتح ليس بصحيح اصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرفه او لا ببيع آجل بعاجل والظاهر ان قولهم اخذ عاجل باجل تحريف من النساخ الجهلة عن فاستمر النقل على هذا التحريف انتهى وعن هذا قال (هو بيع آجل بعاجل) لكن يجوز ان يقال المراد اخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوى اذ الاصل عدم التغيير الا ان يثبت بدليل كما قاله بعض الفضلاء وفى الدرر وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى اذا تداينتم بدين الآية فانها تشمل السلم والبيع بثمن مؤجل وتأجيله بعد الحلول والسنة وهى قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والاجماع ويأباه القياس لانه بيع معدوم لكنه ترك لما ذكر ولم يستدل بما روى انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم لان محمد بن العز الحنفى قال فى حواشى الهداية هذا اللفظ هكذا لم يرو من احد من الصحابة فى كتب الحديث وكانه من كلام واحد من الفقهاء انتهى (ويصح) السلم (فيما امكن ضبط صفته) اى جودته ورداءته ونحو ذلك (ومعرفة قدره) اى مقداره اعم من الكيل والوزن والذرع لانه لا يفضى الى المنازعة وفى البحر السلم فى العنب الفلانى

فى

فى وقت كونه حصرما لا يصح والسلم فى التفاح الشامى قبل الادراك يصح لانه يسمى تفاحا (لا فى غيره) اى وما لا يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره لا يصح السلم فيه لانه يفضى الى المنازعة وهذه قاعدة كلية تتفرع عليها كثير مسائل السلم فشرع المص فى ذكر بعضها لتعرف باقيها بالتأمل فيها فقال مفرعا عليها (فيصح) السلم كما فى الفرائد لكن لما كان المص شرع ان يبين الفصلين بالفاء فالاولى ان تكون تفصيلية تدبر (فى المكيل) كالبر والشعير (والموزون) كالعسل والزيت (سوى النقدين) من الدراهم والدنانير لانهما موزونة ولكنهما غير مثمنين بل خلقا ثمنين فلا يجوز السلم فيهما (و) يصح (فى العددى المتقارب) وهو ما لا يتفاوت آحاده (كالجوز والبيض عددا او كيلا) لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم وما فيه من التفاوت يهدر عرفا ولا خلاف فى جوازه عددا وانما الخلاف فيه كيلا فعندنا يجوز ومنعه زفر كيلا وعنه منعه عددا ايضا للتفاوت وانما جاز كيلا عندنا لوجود الضبط فيه قيد بالمتقارب ومنه الكمثرى والمشمش والتين لان العددى المتفاوت لا يجوز السلم فيه وما تفاوت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والسفرجل وغيرها فلا يجوز السلم فى شئ منها عددا للتفاوت الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ وغير ذلك كما فى البحر وغيره لكن فى شرح المجمع وذكر فى المختلف يجوز السلم فى الجوز والبيض عددا وكيلا ووزنا وقال زفر يجوز كيلا ووزنا وكذا ذكر فى المبسوط وفى فتاوى الافطس اجمعوا على ان السلم يجوز فى الجوز كيلا وفى البيض وزنا انتهى فعلى هذا يظهر مخالفة ما فى البحر وغيره من انه منعه زفر كيلا تدبر (وكذا الفلوس) اى يصح السلم فيها عددا لان الثمنية فيها ليست خلقية وانما هى بالاصطلاح فللعاقدين ابطالها (خلافا لمحمد) لانها اثمان وفى البحر وظاهر الرواية عن الكل الجواز واذا بطلت ثمنيتها لا يخرج عن العد الى الوزن للعرف الا ان يهدره اهل العرف كما هو فى ديارنا وقد كانت قبل هذه الاعصار عددية فى ديارنا ايضا انتهى فعلى هذا يكون اختيار المص غير الظ فلهذا قال خلافا لمحمد لكن الاولى ان يقول وعن محمد تدبر (وفى اللبن) بفتح اللام وكسر الباء وهو الطوب النى شرط وفى الخلاصة ذكر المكان الذى يعمل فيه اللبن (والاجر) بضم الجيم وتشديد الراء مع المد وهو اللبن اذا طبخ (اذا سمى ملبن) بكسر الميم وفتح الباء قالبهما (معلوم) لان التفاوت ح يكون اقل (و) يصح السلم (فى المذروع كالثوب ان بين طوله وعرضه ورقته) اى غلظه ورقته وفى المنح وصفته اى من قطن او كتان او مركب منهما وهو الملحم او حرير ونحو ذلك وصنعته كعمل الشام او الروم لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء فلا يؤدى الى النزاع قيل هذا اذا كان الثوب غير الحرير اذ لو كان حريرا لا بد ايضا من بيان وزنه (و) يصح (فى السمك المليح) اى القديد بالملح (وزنا ونوعا معلومين) لانه لا ينقطع وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه (وكذا الطرى فى حينه فقط) اى يصح فى سمك طرى حين يوجد غير مقيد بوقت دون وقت حتى لو كان فى بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وزنا ونوعا (ولا يجوز) السلم (فيهما) اى فى المليح والطرى (عددا) لتفاوت آحاده بالكبر والصغر وعن الامام ان السمك لا يصح لا طريا ولا مليحا لانه لحم فصار كالسلم فى اللحم وفى الايضاح والصحيح من المذهب ان السمك الصغار يجوز السلم فيه كيلا ووزنا وفى الكبار روايتان ولا فرق بين الطرى والمليح (ولا يصح السلم (فى الحيوان) طائرا او غيره لتفاوت آحاده خلافا للشافعى اذ عنده يجوز اذا كان موصوفا لامكان الضبط بمعرفة النوع واللون والوصف والسن (واطرافه) كالرؤس والاكارع (ولا فى جلوده عددا) لكون التفاوت فى الصغر والكبر وعند مالك يجوز فى الرؤس والجلود عدد اللتقارب وفى العناية ولا يتوهم انه يجوز وزنا لقيد عددا لان معناه انه عددى بحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بالطريق الاولى لانه لا يوزن عددا وفى الذخيرة ان بين الجلود ضربا معلوما يجوز لانتفاء المنازعة ح (ولا) يصح (فى الحطب حزما (و) لا (الرطبة جرزا) لان هذا مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى اذا عرف ذلك بان بين الحبل الذى يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدى الى النزاع جاز ولو قيد الوزن فى الكل صح كما فى الفتح (ولا) يصح (فى الجوهر والخرز) بالتحريك الذى ينظم لتفاوت آحاده الا صغار اللؤلؤ لو كانت تباع وزنا فيجوز السلم فيها وزنا لان الصغار انما يعلم به (ولا) يصح (فى اللحم طريا) عند الامام (وقالا يصح اذا وصف موضع معلوم منه بصفة معلومة) وفى البحر وقالا يجوز اذا بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره لانه موزون مضبوط الوصف كالالية والشحم بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف موضع منه وله ان يختلف باختلاف كبر العظم وصغره فيؤدى الى المنازعة وفى منزوع العظم روايتان والاصح عدمه ولذا اطلقه فى الكتاب وفى الحقايق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف فمنع الامام فيما اذا اطلق السلم فى اللحم وقولهما فيما اذا بينا واذا حكم الحاكم بجوازه صح اتفاقا (ولا يجوز السلم بكيل او ذراع معين) قيد للكيل والذراع

(لايدرى قدره) اى قدر ذلك الصاع والذراع لاحتمال الضياع فيقع النزاع بخلاف البيع به حالا فيد بكونه لم يدر
قدره لانهما لو كانا معلومى المقدار جاز (ولا) يجوز (فى طعام قرية) او ثمرة نخلة معينة) اذ ربما تعرضهما آفة فلا يمكن التسليم
قيد بقرية لانه لو اسلم فى طعام ولاية يجوز لان وصول الآفة طعام كل الولاية نادر وهذا اذا نسب الى قرية ليؤدى
من طعامها واما اذا نسب اليها لبيان وصف الطعام فالسلم جائز كما فى شرح المجمع (ولا) يجوز (فيما لايبقى)
فى الاسواق والبيوت (من حين العقد الى حين المحل) بكسر الحاء المهملة مصدر قولهم حل الدين اى الى حين
حلول الاجل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او بالعكس او منقطعا فيما بين ذلك لايجوز لقوله
عليه السلام لاتسلفوا فى الاثمار حتى يبدو صلاحها ولاحتمال موت المسلم اليه بعد العقد قبل ان يبلغ المحل اذ يحل
الاجل ويلزم التسليم والاحتمال فى هذا العقد ملحق بالحقيقة خلافا للشافعى اذ عنده يجوز ان وجد وقت الحلول
فلا يلزم الاستمرار (وشرطه) اى شرط جواز السلم تسعة اشياء ذكر المص منها ثمانية الاول (بيان الجنس كبر
او شعير و) الثانى (بيان النوع كسقية) بفتح السين وتشديد الياء اى مسقية وهى ما يسقى سيحا (او بخسية) بفتح
الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة وهى ما تسقى بالمطر نسبة الى البخس لانها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة الى
السيح غالبا (و) الثالث بيان (الصفة كجيد اوردى و) الرابع بيان (القدر نحو كذا رطلا او كيلا بما لاينقبض
ولاينبسط) فلا يجعل مثل الزنبيل كيلا لاحتمال الزيادة والنقصان ويجعل مثل قربة الماء كيلا عند ابى يوسف للتعامل
(و) الخامس بيان (اجل معلوم) اذ السلم لايجوز الا مؤجلا عندنا وعند الشافعى الاجل ليس بشرط لانه عليه السلام
رخص فيه مطلقا ولنا قوله عليه السلام فى آخر الحديث الى اجل معلوم ولانه شرع رخصة للفقراء فلا بد من مدة
ليقدر على التحصيل والتتميم والايصال والتسليم (واقله) اى اقل الاجل فى السلم (شهر فى الاصح) روى ذلك عن محمد
وعليه الفتوى لان ما دونه عاجل والشهر وما فوقه آجل بدليل مسئلة اليمين حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل
تمام الشهر بر وقيل ثلثة ايام وقيل عشرة ايام وقيل اكثر من نصف يوم وقال صدر الشهيد والصحيح ما رواه الكرخى
انه مقدر بما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه وفى الفتح وهو جدير ان لايصح لانه لاضابط يتحقق فيه وكذا من رواية اخرى
عن الكرخى انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس فى تأجيل مثله كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار
المعين من الزمان انتهى وفى البحر هو جدير بان يصح ويعول عليه فقط لان من الاشياء ما لايمكن تحصيله فى شهر
فيؤدى التقدير به الى عدم حصول المقصود من الاجل وهو القدرة على تحصيله انتهى هذا مسلم ان كان التقدير
مخصوصا بالشهر لا بالزيادة فليس كذلك لان ما نحن فيه اقل بيان الاجل لا اكثره حتى يرد عليه قوله ان من الاشياء
ما لايمكن تحصيله الى آخره لانه ان حصل فى الشهر فبها وان لم يحصل فيه واتفقا على زيادة عليه جاز بلا مانع تدبر
(و) السادس بيان (قدر رأس المال ان كان كيليا او وزنيا او عدديا) اى وشرطه بيان قدر رأس المال اذا كان العقد
يتعلق على مقداره وان كان مشارا اليه عند الامام (فلا يجوز فى جنسين بلا بيان رأس مال كل منهما) يعنى اذا اسلم
مائة درهم فى كر بر وكر شعير ولم يبين رأس مال كل منهما لايصح عنده لان اعلام قدر رأس المال شرط فيقسم المائة على
البر والشعير باعتبار القيمة وهى تعرف بالظن فتكون مجهولة حتى لو كان من جنس واحد يصح لان رأس المال منقسم
عليهما على السواء (ولا) يجوز السلم (بنقدين بلا بيان حصة كل منهما من المسلم فيه) كما فى الوقاية يعنى اذا اسلم
عشرة دراهم وعشرة دنانير فى عشرة اقفزة بر لم يجز عنده لان الدراهم والدنانير المذكورة اذا لم تعلم وزنا يلزم
عدم بيان حصة كل منهما من المسلم فيه وكذا اذا علم وزن واحد منهما دون الآخر حيث يلزم بطلان العقد فى حصة
ما لم يعلم ويبطل فى حصة الآخر للجهالة ولكون الصفقة واحدة واعترض بان هذا النص وانما يستقيم على عبارة
الهداية وغيرها حيث قالوا واسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما فعلى هذا يكون غير المبين رأس المال واما فى عبارة
الوقاية فلكون الظاهر غير المبين هو حصة رأس المال من المسلم فيه وبينهما مخالفة ظاهرة انتهى واجاب بعض
الفضلاء والحق انه لامخالفة لان بيان الحصة من المسلم فيه بيان رأس المال كما لايخفى تأمل (و) السابع بيان (مكان
ايفائه) اى ايفاء المسلم فيه (ان كان له حمل) بفتح الحاء الدال (ومؤنة) كالحنطة وقيل ما لايحمل الى مجلس القضاء
مجانا وقيل ما لايمكن رفعه بيد واحدة وهذا عند الامام (وعندهما لايشترط معرفة قدر رأس المال اذا كان معينا) لانه
صار معلوما بالاشارة كما فى الثمن والاجرة وله ان جهالة قدر رأس المال قد يفضى الى جهالة المسلم فيه بان ينفق بعضه
ثم يجد بالباقى عيبا فيرده ولا يتفق له الاستبدال فى مجلس العقد فينفسخ العقد فى المردود ويبقى فى غيره ولا يدرى
قدره فيفضى الى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله والموهوم فى هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافى
وفى البحر والاولى ان يعلل للامام بانه ربما لايقدر على المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال فيجب ان يكون معلوما

واما ما ذكروه فيندفع بما قدمناه من ان الانتقاد شرط بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه
لايتعلق العقد على مقداره (ولا) يشترط بيان (مكان الايفاء ويوفيه فى مكان عقده) عندهما لان التسليم وجب
بالعقد فتعين مكانه له ولانه لايزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان فى الاوامر وصار كالقرض
والغصب وللامام ان التسليم غير واجب فى الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه
تفضى الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال
من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما فى الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان
قضية العقد عندهما كما فى الهداية (ومثله) اى مثل المسلم فيه فى الخلاف فى اشتراط تعيين مكان الايفاء (الثمن)
المؤجل الذى لحمله مؤنة كما اذا باع ثوبا بعد حنطة مؤجلة فانه يشترط بيان مكان ايفاء الحنطة عنده فى الصحيح
وعندهما يتعين للايفاء مكان فى الثمن وقيل لايشترط فى الكل (والاجرة) كما لو استأجر دارا او دابة بعد بكيل
او موزون موصوف بالذمة فانه يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين فى اجارة الدار موضع الدار
للايفاء وموضع تسليم الدابة فى اجارة الدابة (والقسمة) بان اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل
ومؤنة فعنده يشترط بيان مكان الايفاء وعندهما يتعين مكان العقد (وما لا حمل له) ولا مؤنة كالمسك والكافور
ونحوهما (يوفيه حيث شاء فى الاصح اتفاقا) قال صاحب الهداية وما لم يكن له حمل ومؤنة لايحتاج فيه الى بيان الايفاء
بالاجماع لانه لاتختلف قيمته ويوفيه فى المكان الذى اسلم فيه وهذه رواية الجامع الصغير فى البيوع وذكر فى الاجارات
يوفيه فى اى مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب فى الحال ولو عين مكانا قيل لايتعين لانه
لايفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق انتهى فعلى هذا قول المص فى الاصح احتراز عن رواية الجامع
الصغير وقوله اتفاقا قيد لعدم الاحتياج الى بيان الايفاء وتعينه اذا لم يكن له حمل ومؤنة فلا وجه لما قيل من ان قول
المص يوفيه حيث شاء فى الاصح اتفاقا لايخلو عن شئ لانه يشعر بان الايفاء حيث شاء متفق عليه فى الاصح وان ذكر
بعضهم انه مختلف فيه وليس الامر كذلك تدبر قيل هذا اذا امكن الايفاء فى موضع العقد اذ لو كان العقد فى لجة البحر
او قلة الجبال يوفيه فى اقرب الاماكن من مكان العقد وفى التنوير شرط الايفاء فى مدينة فكل محلاتها سواء فى الايفاء
حتى لو اوفاه فى محلة منها برئ (و) الثامن (قبض رأس المال) ولو عينا نقدا بالتخلية (قبل التفرق) اى قبل تفرق العاقدين
بالبدن لان السلم اخذ آجل بعاجل وذلك بالقبض قبل الافتراق فلا يضر القبض بعد مشيهما فرسخا واكثرا ونومهما
والافتراق ان يتوارى احدهما عن عين صاحبه حتى لو دخل رب السلم بيته لاخراج الدراهم ولم يغب عن عين صاحبه
لايكون افتراقا (شرط بقائه) اى بقاء العقد على الصحة لاشرط انعقاده فينعقد صحيحا بدونه ثم يفسد بالافتراق بلا قبض
فلو ابى المسلم اليه قبضه فى المجلس اجبر عليه وفيه اشارة الى ان شرط الخيار مفسد للسلم لانه يمنع تمام القبض والشرط
التاسع الذى لم يذكره المص هو القدرة على تحصيل المسلم فيه وزاد صاحب البحر تسعا اخر فليطالع (فلو) تفريع
على قوله وقبض رأس المال (اسلم) رجل الى آخر (مائة نقدا ومائة دينا على المسلم اليه فى كر بطل) السلم
(فى حصة الدين فقط) سواء كان العقد مطلقا بان قال اسلمت اليك مائتى درهم فى كر حنطة ثم جعلا مائة من رأس المال
قصاصا بالدين او مقيدا بان اسلمت اليك فى مائة نقد ومائة دين لى عليك وسواء اضيف الى دراهم بعينها اولا
وذلك لفقدان القبض وانما قال دينا على المسلم اليه لانه لو كان الدين على الاجنبى فهو غير صحيح فى حق الكل حتى
لو نقد الكل من ماله فى المجلس لم ينقلب جائزا بخلاف ما اذا كان الدين على المسلم اليه فانه بالنقد فى المجلس ينقلب
الى الجواز وعند زفر السلم بطل فى الكل لسريان الفساد (ولا يجوز التصرف فى رأس المال او المسلم فيه قبل قبضه)
اى قبل قبض المسلم اليه رأس المال وقبل قبض رب السلم المسلم فيه (بشركة وتولية) لان المسلم فيه مبيع والتصرف
فيه قبل القبض لايجوز ولرأس المال شبه بالمبيع فلا يجوز التصرف قبل القبض ففى التولية تمليكه بعوض
وفى الشركة تمليك بعضه بعوض فلا يجوز وصورة الشركة فيه ان يقول رب السلم لآخر اعطنى نصف رأس المال
ليكون نصف المسلم فيه لك وصورة التولية ان يقول اعطنى مثل ما اعطيت المسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك
وانما خصهما بالذكر لانهما اكثر وقوعا من غيرهما (ولا) يجوز لرب السلم (شراء شئ من المسلم اليه برأس المال
بعد التقايل) فى عقد السلم الصحيح بعد وقوعه (قبل قبضه) بحكم الاقالة استحسانا لقوله عليه السلام لاتأخذ
الا سلمك او رأس مالك اى لاتأخذ الا ما اسلمت فيه حال قيام العقد او رأس مالك بعد الانفساخ فتركنا القياس عملا به
لان النبى عليه السلام جعل حق رب السلم اخذ المسلم فيه قبل الاقالة واخذ رأس المال بعدها ثم لايجوز الاستبدال
قبل الاقالة بالمسلم فيه لئلا يصير قابضا حق غيره فكذا بعدها برأس المال وعند زفر وهو قول الائمة الثلاثة

يجوز استبدال رب السلم به شيأ من المسلم اليه قياسا باعتبار سائر الديون (ولواشترى) المسلم اليه (كرا وامر
رب السلم بقبضه) اى بقبض الكر الذى اشتراه ولم يقبضه من البايع (قضاء) اى لاجل القضاء عليه من الكر
المسلم فيه (لم يصح) لانه اجتمعت صفقتان السلم وهذا الشراء فلابد من ان يجرى فيه الكيلان (ولوامر مقرضه
بذلك صح) يعنى لوكان الكر قرضا لاسلما فاشترى المستقرض كرا من غيره وامر المقرض بقبضه قضاء لحقه
فانه يصح وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة وكان المقبوض عين حقه تقديرا فلم يكن استبدالا (وكذا لوامر)
المسلم اليه (رب سلمه بقبضه) اى بقبض الكر منه (له) اى لاجل المسلم اليه (ثم) بقبضه ثانيا (لنفسه) اى لنفس
رب السلم (فاكاله) اى رب السلم (لاجل المسلم اليه ثم اكاله لنفسه صح) لاجتماع الكيلين (ولو اكال المسلم اليه
فى طرف رب السلم بامره) اى بامر رب السلم (وهو) والحال (انه غائب لايكون قبضا) لان فى السلم لم يصح امر
رب السلم بالكيل لان حقه فى الدين لافى العين فامره لم يصادف ملكه فالمسلم اليه جعل ملكه فى ظرف استعارة
من السلم قيد بغيبته لانه لوكان حاضرا وكاله المسلم اليه بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير قابضا لان
التخلية تسليم (ولواكال البايع كذلك) يعنى لواشترى من اخر طعاما ودفع المشترى الى البايع ظرفا وامره ان يكيله
ويجعله فى الظرف ففعل البايع والمشترى غائب (كان قبضا) لانه كان مالكا للعين بالشراء فامره صادف ملكه
فيكون قابضا بوضعه فى ظرفه وكان البايع وكيلا فى امساك الظرف فجعل فى يد المشترى حكما لان الوكيل فى القبض
كالموكل (بخلاف مالو اكاله) البايع (فى ظرف نفسه) لان المشترى صار مستعيرا ظرفه ولم يقبضه فلم يصح العارية
لانها تبرع فلا يتم بلاقبض فلا يصير الواقع فيه واقعا فى يد المشترى (او) اكاله (فى ناحية بيته) اى بيت البايع
لان البيت ونواحيه فى يده فلم يصر المشترى قابضا (ولو) اكال (العين والدين فى ظرف المشترى) بان اشترى رجل
من آخر كرا بعقد السلم وكرا معينا بالبيع عند حلول اجل السلم ثم امر المشترى البايع بان يجعل الكرين فى ظرف
المشترى (ان بدأ) البايع هو المسلم اليه (بالعين كان) المشترى هو رب السلم (قابضا) لهما امافى العين فلصحة
الامر فيه واما فى الدين فلاتصاله بملك المشترى كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها فى ارضه وكمن دفع الى صايغ
خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار (وان بدأ) البايع (بالدين فلا) يكون قابضا لهما عند الامام امافى الدين
فلعدم صحة الامر فيه واما فى العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عنده فينتقض البيع مع ان الخلط
غير مرضى به من جهة الامر لجواز ان يكون مراده البداية بالعين فلم يتحقق رضاؤه حتى يكون شريكاله (وعندهما
صح قبض العين فان شاء رضى بالشركة) فى المخلوط (وان شاء فسخ البيع) لان الخلط ليس باستهلاك عندهما
كما فى الهداية وخصه قاضيخان بقول محمد اما عند ابى يوسف اذا بدأها بالدين يصير قابضا لهما كما لو بدأ بالعين
ضرورة اتصاله بملكه فى الصورتين اذا الخلط ليس باستهلاك وقال محمد يصير قابضا للعين دون الدين فيشترك فيه
ولم يبرأ عن الدين وكذا لو استقرض رجل كرا ودفع اليه غرايره ليكيله فيها ففعل وهو غائب لم يكن قبضا
كما فى المنح (ولو اسلم امة فى كر من بر مثلا) اى جعل امة رأس المال فى اشتراء كر بعقد السلم (وقبضت) الامة
اى قبضها المسلم اليه (ثم تقايلا) عقد السلم (فماتت) اى ثم ماتت الامة فى يد المسلم اليه (قبل ردها) اى الامة الى رب السلم
(بقى التقايل) على حاله ولم يبطل بهلاكها ويجب على المسلم اليه (قيمتها) اى الامة يوم قبضها اى الامة (ولو ماتت
الامة قبل الاقالة ثم تقايلا صح التقايل) اى الاقالة بعد موتها ويجب على المسلم اليه قيمتها يوم القبض لان شرط
الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقود عليه وهو المسلم فيه وهو باق فى ذمة المسلم اليه بعد هلاكها فاذا انفسخ
العقد وجب عليه ردها وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها كما لو تقابضا ثم تقايلا بعد هلاك احدهما او هلاك
احدهما بعد الاقالة وانما اعتبر يوم القبض لانه سبب الضمان كالغصب (وكذا المقايضة) وهى بيع سلعة بسلعة
(فى الوجهين) هو الموت بعد التقايل والتقايل بعد الموت لان كل واحد منهما مبيع من وجه وثمن من وجه ففى الباقى
يعتبر المبيعة وفى الهلاك الثمنية (بخلاف الشراء بالثمن فيهما) اى اذا اشترى امة بالف ثم تقايلا فماتت فى يد المشترى
بطلت الاقالة ولو تقايل بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه فى البيع انما هو الامة ولا يبقى العقد بعد هلاكها
فلا تصح الاقالة ابتداء ولا يبقى انتهاء لانعدام محلها كما فى الهداية وفى التنوير تقايلا البيع فى عبد فابق من يد المشترى
فان لم يقدر المشترى على تسليمه بطلت الاقالة والبيع بحاله (ولو ادعى احد عاقدى السلم بيان الاجل او) ادعى
(اشتراط الرداءة وانكر الاخر) يعنى لو قال احدهما شرطنا التأجيل وقال الاخر لم نشترط شيئا او قال احدهما شرطنا
طعاما رديا وقال الاخر لم نشترط (فالقول لمدعيهما) اى لمدعى الاجل والرداءة (مطلقا) سواء كان مدعيهما رب السلم
او المسلم اليه عند الامام لان المدعى يدعى الصحة فكان القول له وان انكر خصمه اذ الظاهر شاهد له لان العقد

الفاسد معصية والظاهر من حال المسلم التحرز عنه (وقالا المنكر ان كان) المنكر (رب السلم فى) الصورة (الاولى) اى القول
لرب السلم عندهما اذا ادعى المسلم اليه التأجيل لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل (او) كان المنكر (المسلم اليه فى) الصورة
(الثانية) وهى الرداءة لانه منكر والاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة بان ينكر
ما يضره مع اتفاقهما على عقد واحد فالقول لمدعى الصحة عنده وعندهما القول للمنكر سواء انكر الصحة او غيرها
وفى التنوير ولو اختلفا فى مقداره فالقول للطالب مع يمينه وان برهن قبل وان برهنا قضى ببينة المطلوب وان اختلفا
فى مضيه فالقول للمطلوب لانكاره توجه المطالبة وان برهنا قضى ببينة المطلوب (والاستصناع) لغة طلب العمل
متعد الى مفعولين وشرعا بيع ما يصفه عينا فيطلب فيه من الصانع العمل والعين جميعا فلو كان العين من المستصنع
كان اجارة لا استصناعا وكيفيته ان يقول لصانع كخفاف مثلا اصنع لى من مالك خفا من هذا الجنس بهذه الصفة
بعشرين (باجل) معلوم كان يقول شهرا مثلا (سلم) فيعتبر فيه شرائطه (فيصح فيما امكن ضبط صفته وقدره تعورف)
الاستصناع فيه (اولا) عند الامام لان السلم باجل ثابت بالكتاب والسنة والاجماع مطلقا والاستصناع بالاجل فى عرفهم
فلا يحمل عليه وعندهما ان ضرب الاجل فيما تعورف فهو استصناع لان اللفظ حقيقة فيه فيحفظ على مقتضاه وان
ضرب فيما لا يتعارف فيه فهو سلم لتعذر جعله استصناعا ويحمل الاجل فيما فيه تعامل على الاستعجال هذا اذا كانت المدة
على سبيل الاستمهال اما اذا كان على سبيل الاستعجال بان استصنع على ان يفرغ عنه غدا او بعد غد لا يصير سلما بالاجماع
وحكى عن الهندوانى انه ان ذكره المستصنع فليس بسلم وان ذكره الصانع فسلم وقيل ان ذكر ادنى مدة تمكن فيه من
العمل فاستصناع وان كان اكثر فسلم يراعى شرائطه (و) الاستصناع (بلا اجل) معلوم (يصح) استحسانا (فيما تعورف
فيه كخف وطشت وقمقمه) وغير ذلك من الاوانى (وهو بيع) والقياس ان لا يصح لانه بيع المعدوم وبه قال زفر والائمة
الثلاثة وجه الاستحسان ان المستصنع فيه المعدوم يجعل موجودا حكما كطهارة المعذور ونزل منزلة الاجماع للتعامل
من زمن النبى عليه السلام الى يومنا هذا وهو من اقوى الحجج وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما
ومنبرا فصار كدخول الحمام باجر فانه جاز استحسانا للتعامل وان ابى القياس جوازه لان مقدار المكث وما يصب
من الماء مجهول وكذا لو قال لسقاء اعطنى شربة ماء بفلس او احتجم باجر (لا عدة) كما ذهب اليه الحاكم الشهيد
قائلا اذا جاء مفروغا عنه ينعقد بالتعاطى ولذا يثبت الخيار لكل واحد منهما لكن الصحيح من المذهب جوازه
بيعا لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان فى المواعدة وفرع على كونه بيعا بقوله (فيجبر الصانع
على عمله) ولو كان عدة لم يجبر (ولا يرجع المستصنع عنه) اى عن امره ولو كان عدة لجاز رجوعه (والمبيع هو العين
لا عمله) اى عمل الصانع وقال البردعى عمله نظر الى ان الاستصناع مشتق من الصنع وهو العمل والاول اصح
لان المق هو العين وذكر الصنعة لبيان الوصف والاحسن ويكون المبيع هو العين لانه معطوف على ما بعد الفاء
لا العمل وفرع على كونه العين بقوله (فلو اتى) الصانع بما صنعه قبل العقد (غيره او بما صنعه هو قبل العقد فاخذه)
اى المستصنع العين (صح) ولو كان المبيع عمله لما صح بيعه (ولا يتعين المستصنع) بفتح النون (للمستصنع) بكسر النون
(بلا اختياره) ورضاه (فيصح بيع الصانع له) اى للمستصنع بفتح النون (قبل رؤيته) ولو تعين له لما صح بيعه
(وله اخذه وتركه) اى للمستصنع بكسر النون بعد الرؤية بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه ولا خيار للصانع
فيجبر على العمل وعن الامام ان له الخيار دفعا للضرر عنه والصحيح الاول وعن ابى يوسف انه لا خيار لواحد منهما
(ولا يصح) الاستصناع بلا اجل (فيما لم يتعارف) هو فيه (كالثوب) يعنى لو امر حائكا ان ينسج له ثيابا بغزل من عنده
بدراهم لم يجز اذ لم يجر فيه التعامل فيبقى على اصل القياس الا اذا شرط فيه الاجل وبين شرائط السلم فح يجوز
بطريق السلم وفى البحر دفع مصحفا الى مذهب ليذهبه بذهب من عنده واراه الذهب انموذجا من الاعشار
والاخماس ورؤس الآى واوائل السور فامره رب المصحف ان يذهبه كذلك باجرة معلومة لا يصح وفى الخانية
رجل استصنع رجلا فى شئ ثم اختلفا فى المصنوع فقال المستصنع لم تفعل ما امرتك وقال الصانع فعلت قالوا
لا يمين فيه لاحدهما على الاخر ولو ادعى الصانع على رجل انك استصنعت الى فى كذا كذا وانكر المدعى عليه
لا يحلف *) مسائل (* خبر مبتدأ محذوف اى هذه مسائل (شتى) جمع شتيت وعبر عنها فى الهداية بمسائل منثورة
وعبر فى التنوير بالمتفرقات والمعنى واحد وحاصلها ان المسائل التى تشذ على الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها
اذا استذكرت سميت بها متفرقات من ابوابها او منثورة على ابوابها (يصح بيع الكلب والفهد وسائر السباع)
علمت) الكلب والفهد والسباع (اولا) عندنا لحصول الانتفاع بهم حراسة او اصطيادا وعن ابى يوسف لا يصح بيع
الكلب العقور لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية وذكر فى المبسوط انه لا يجوز بيع الكلب العقور الذى لا يقبل التعليم



وقال هذا هو الصحيح من المذهب وهكذا يقول فى الاسداذا كان يقبل التعليم ويصادبه انه يجوز بيعه وان كان لايقبل التعليم والاصطيادبه لايجوز والفهد والبازى يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى واجيب بانه ينتفع بجلده لانه يطهر بالدباغ ويكون المتلف ضامنا لان النبى عليه السلام قضى فى كلب باربعين درهما من غير تخصيصه بنوع وقال الشافعى لايصح بيع الكلب مطلقا وهو قول احمد وبعض اصحاب مالك واما اقتناء الكلب للصيد اولحفظ الزرع والمواشى اوالبيوت فجائز بالاجماع كما فى الشمنى واختلفت الرواية عن الامام فى القرد وكره عندابى يوسف وجاز عند محمد والفيل كالهرة فى جواز بيعه وفى البزازية وشراء السباع جائز ولحمها لاوبيع الفيل جائز وفى التجنيس ان المختار للفتوى جواز بيع لحم المذبوح من السباع وكذا الكلب والحمار لانه طاهر وينتفع به فى اطعام سنورة بخلاف الخنزير لانه نجس العين وفى التخصيص اشعار بعدم جواز هوام الارض كالحية والعقرب ودواب البحر غير السمك كالضفدع والسرطان لان جواز البيع يدور مع حل الانتفاع وحرمة الانتفاع بها وقال بعضهم ان بيع الحية يجوز اذا انتفع بها للادوية ولايخفى ان هذه المسئلة مستدركة بمامر فى البيع الفاسد كما فى القهستانى لكن فى البحر وبيع غير السمك من دواب البحران كان له ثمن كالسقنقور وجلود الخرد ونحوها يجوز والافلا (والذمى فى البيع كالمسلم) لانه مكلف بمثل هذه الاحكام كالمسلم بمعنى ان مايحل لنا يحل لهم وان مايحرم علينا يحرم عليهم فى العقود لقوله عليه السلام فلهم ما للمسلمين وعليهم ماعلى المسلمين بعداداء الجزية (الافى) بيع (الخمر فانها) اى الخمر (فى حقه) اى فى حق الذمى (كالخل) فى حقنا (و) الا (فى الخنزير) فانه (فى حقه كالشاة) فى حقنا وفى البحر لايمنعون من بيع الخمر والخنزير اماعلى قول بعض مشايخنا فانه يباح الانتفاع بهما شرعا لهم فكان مالا فى حقهم وعن البعض حرمتهما ثابتة على العموم فى حق المسلم والكافر لان الكفار مخاطبون بالشرائع فى الحرمات وهو الصحيح من مذهب اصحابنا فكانت الحرمة ثابتة فى حقهم لكنهم لايمنعون عن بيعهما لانهم لايعتقدون حرمتهما ويتمولونهما وقد امرنا بتركهم ومايدينون (ومن زوج مشريته) لاخر (قبل قبضها جاز) لثبوت الولاية عليه بالشراء لانه سبب الملك فيجعل التصرف بالتزويج فى المبيع المنقول قبل القبض كالاعتاق والتدبير فى عدم الانفساخ بخلاف التصرف بمثل البيع قبل القبض اذهو ينفسخ بهلاك المبيع قبل قبضه (فان وطئت) اى ان وطئها زوجها (كان) المزوج (قابضالها) لان وطئ الزوج حصل بتسليط المشترى فصار منسوبا اليه كانه فعله بنفسه (والا) اى وان لم يطئها الزوج (فلا) يكون قابضا اذ بمجرد التزويج لايتحقق القبض والقياس ان يتحقق وهو رواية عن ابى يوسف لانه تعييب حكمى فيعتبر بالتعييب الحقيقى وجه الاستحسان ان فى الحقيقى استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمى فافترقا وفى التنوير فلوانتقض البيع بطل النكاح فى المختار (ومن اشترى شيأ) منقولا (فغاب) المشترى قبل قبض المبيع ونقد الثمن (غيبة معروفة) بان علم مكانه فاقام بايعه بينة انه باعه منه (لايباع) ذلك الشئ (فى دين بايعه) اى لم يبعه القاضى فى دين البايع لانه يتوصل الى حقه بالذهاب اليه فلاحاجة الى بيعه لان فيه ابطال حق المشترى فى العين (وان لم تكن) غيبة (معروفة) بان لم يعلم مكانه وطلب بيعه بثمنه (يباع فيه) اى فى الثمن (اذا برهن انه باعه منه) اى من الغائب (اذا لم يكن قبضه) الغائب لان القاضى نصب لكل من عجز عن النظر ونظرهما فى بيعه لان البايع يصل به الى حقه ويبرأ من ضمانه والمشترى ايضا يبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فاذا انكشف الحال عمل القاضى بموجب اقراره فلايحتاج الى خصم حاضر وانما يحتاج اذا كانت البينة للقضاء لان البينة هنا ليست للقضاء على الغائب وانماهى لنفى التهمة وانكشاف الحال وهذا لان الشئ فى يده وقد اقربه للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك للغائب على الوجه الذى اقربه ولايقدر البايع ان يصل الى حقه كالراهن اذا مات مفلسا والمشترى اذا مات مفلسا قبل القبض فان فضل شئ من الثمن يمسك للغائب وان نقص يرجع البايع على المشترى اذا ظفر وقيدنا بالمنقول احترازا عن العقار فان القاضى لايبيعه كما فى النهاية (وان غاب احد المشتريين) بان اشتراه رجلان فغاب احدهما والمسئلة بحالها (فللحاضر دفع كل الثمن وقبض المبيع وحبسه) اى حبس المبيع عن شريكه (اذا حضر) الغائب (حتى ينقد) شريكه (حصته) لانه مضطر اذ لايمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس مابقى منه شئ والمضطر يرجع واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عند الطرفين الى ان يستوفى حقه ولو حبس لايصير غاصبا وعند ابى يوسف كان متطوعا فيما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وليس له الحبس ويصير غاصبا به فيهلك بالقيمة قبل هذا اذا كان الثمن حالا اما اذا كان مؤجلا فليس للحاضر دفعه وان حل الاجل (وان اشترى) شيأ (بالف مثقال ذهب وفضة فهما) اى الذهب والفضة (نصفان) اى يجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة مثقال من الفضة لانه اضاف المثقال اليهما على السواء

ويشترط بيان الفضة من الجودة وغيرها بخلاف مالوقال من الدراهم والدنانير فانه لايحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجياد (وان قال بالف من الذهب والفضة فمن الذهب خمسمائة مثقال ومن الفضة خمسمائة دراهم وزن سبعة) اى كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل لاضافة الالف المبهم اليهما فيصرف الى الوزن المتعارف المعهود فى كل واحد منهما وفيه اشارة الى انه لوقال لفلان على كر حطنة وشعير وسمسم فانه يجب من كل جنس ثلث الكر وهكذا فى المعاملات كلها كما فى البحر وفى الفتح فى الدراهم ينصرف الى الوزن المعهود ويجب كون هذا اذا كان المتعارف فى بلاد العقد فى اسم الدرهم مايوزن سبعة والمتعارف فى بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس كذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم واما فى عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن الى وزن اربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الان بيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان مادونه ثقل واخف يسمونه نصف فضة (ومن قبض زيفا بدل جيد غير عالم به) اى بالزيف (فانفقه اوهلك فهو قضاء) وبرئ ولارجوع عليه بشئ عند الطرفين لان ايجاب رد الزيف لاخذ الجيد ايجاب له عليه بالنسبة الى شئ واحد ومثل هذا التكليف غير معهود فى الشرع ولان الزيف بعد الانفاق والهلاك ينوب مناب حقه الجيد (وقال ابو يوسف يرد مثل الزيف ويقضى الجيد) لان حق صاحب الدين يراعى من حيث الوصف لكن لايمكن رعايته بايجاب الضمان فى الوصف اذ لاقيمة له عند المقابلة بجنسه فيلزم الرجوع الى الرد بمثل زيفه وذكر فخر الاسلام وغيره ان قولهما قياس وقول ابى يوسف هو الاستحسان فظاهره ترجيح قول ابى يوسف وقيل قوله انسب للفتوى وفى الاصلاح ومحمد فى قوله الاول مع ابى يوسف قيد بالاتلاف لانه لوكان قائما يرده ويسترد الجيد عندهم وقيد بغير عالم به لانه لوكان عالمابه عند القبض يسقط حقه بلا خلاف (وان فرخ طيرا وباض فى ارض) متعلق بهما (اوتكنس ظبى فيها) اى تستر ومعناه دخل فى الكناس وهو موضع الظبى وفى بعض النسخ اوتكسر اى وقع فى ارض فتكسر رجله ويحترز به عما لوكسره رجل فيها فهو يكون للكاسر لا للآخذ (فهو) اى المذكور من الفرخ والبيض والظبى (لمن اخذه) لانه مباح سبقت يده اليه فكان اولى به الا اذا هيأ ارضه لذلك فهو له اوكان صاحب الارض قريبا من الصيد بحيث يقدر على اخذه لومديده فهو لصاحب الارض كما فى البحر وغيره فعلى هذا لوقيده كما قيدنا لكان اولى تدبر (وكذا صيد تعلق بشبكة منصوبة للجفاف) لا للاصطياد يعنى يكون هو للآخذ (اودخل الصيد دارا) يكون ايضا للآخذ (ودرهم اوسكر نثر فوقع) الدرهم اوالسكر (على ثوب) احد (فان اعده) اى الثوب (صاحبه) اى صاحب الثوب (لذلك) اى لوقوع الدرهم اوالسكر عليه (اوكفه) اى جمع الثوب الى نفسه بعد السقوط عليه وان لم يعدله (اواغلق باب الدار بعد الدخول ملكه) اى صار له بهذا الفعل (وليس للغير اخذه) اذ بالاعداد والكف يظهر انه طالب الاخذ فكان مستحقا وفى البحر نقلا عن الذخيرة ان اغلق الباب على الصيد ولم يعلم به صار آخذه مالكا له حتى لوخرج الصيد بعد ذلك فاخذه غيره ملكه (كالوعسل النحل فى ارضه) اى جعل عسله فى ارض رجل (اونبت فيها شجر اواجتمع تراب بجريان الماء) فهو لصاحب الارض على كل حال وان لم تكن ارضه معدة لذلك لانه من انزال الارض حتى يملكه تبعا ولهذا يجب فى العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر ثم انه مهد هنا قاعدة كلية فقال (ما) الذى اى (لايصح تعليقه بالشرط ويبطله الشرط الفاسد) اربعة عشر شيأ على ماذكره المص تبعا لصاحب الكنز الاول (البيع) فاذا باع عبدا وشرط استخدامه شهرا مثلا فالبيع فاسد والاصل ان ما كان مبادلة مال بمال فانه لايصح تعليقه بالشرط الفاسد للنهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير مال اوكان من التبرعات فانه لايبطل به لان الشروط الفاسدة من باب الربوا وهو مختص بالمعاوضات المالية دون غيرها من غير المالية والتبرعات ويبطل الشرط فقط واصل اخر ان التعليق بالشرط المحض لايجوز فى التمليكات ويجوز فيما كان من باب الاسقاط المحض كالطلاق والعتاق وكذا ما كان من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملايم وكذا التحريضات كما فى البحر (و) الثانى (الاجارة) بان آجر داره بشرط ان يقرضه المستأجر اويهدى اليه اوآجره اياها ان قدم زيد فهى فاسدة لانها فى معنى البيع (و) الثالث (القسمة) بان كان للميت دين على الناس فاقتسموا التركة من الدين والعين على ان يكون الدين لاحدهم والعين للباقين فهى فاسدة لانها فى معنى البيع من حيث اشتمالها على الاقرار فى المبادلة (و) الرابع (الاجازة) بان باع فضولى عبده فقال اجزته بشرط ان تقرضنى اوتهدى الى اوعلقها بشرط لانها بيع معنى كما ذكره العينى ولاخصوصية لاجازة البيع بل كل مالا يصح تعليقه بالشرط اذا انعقد موقوفا لايصح تعليق اجازته بالشرط حتى النكاح (و) الخامس (الرجعة) بان قال لمطلقته ارجعتك راجعتك على ان تقرضنى كذا اوان قدم زيد لانها استدامة الملك فيكون معتبرة بابتدائه كما لايجوز تعليق

ابتدائه لايجوز تعليقها كما ذكره العينى قال فى البحر وهو سهو ظ وخطأ صريح وسيأتى ان النكاح لايبطل بالشرط الفاسد وان كان لايصح تعليقه وفصل كل التفصيل فليراجع لكن يفرق بين النكاح والرجعة بانه لايشترط فيها رضى الزوجة ولا شهود ولا مهر وبانه يجوز عود الامة على الحرة التى تزوجها بعدما طلق الامة بخلاف النكاح تدبر (و) السادس (الصلح عن مال) اى بمال بان قال صالحتك على ان تسكننى فى الدار سنة مثلا لانه معاوضة مال بمال فيكون بيعا (و) السابع (الابراء عن الدين) بان قال ابرأتك عن دينى على ان تخدمنى شهرا او قدم فلان لانه تمليك من وجه حتى يرتد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط الا اذا علق بكائن كما قال المديون دفعت الى فلان فقال ان كنت دفعت اليه فقد ابرأتك صح لانه تعليق بامر كائن وفى البحر وحاصله ان التعليق بموت الدائن صحيح الا اذا كان المديون وارثا وعلق فى مرض موته فيكون مخصصا لاطلاق الكتاب (و) الثامن (عزل الوكيل) بان قال لوكيله عزلتك على ان تهدى الى شيئا او ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط الفاسد كما ذكره العينى وفى البحر وتعليقه يقتضى عدم صحة تعليقه واما كونه يبطل بالشرط الفاسد فلا دليل عليه من هذا وعندى ان هذا خطأ ايضا فان عزل الوكيل ليس من قبيل ما يبطل بالشرط الفاسد وانما هو من قبيل مالا يصح تعليقه بالشرط لكن لايبطل بالشرط الفاسد انتهى وفيه كلام لانه اذا لم يصح تعليقه بالشرط الفاسد فقد بطل بذلك الشرط الفاسد بمعنى انه اذا وجد ذلك الشرط لم يترتب وجوده عليه كما قال بعض الفضلاء وهو جواب بعينه عما يورد فى الرجعة وغيرها تدبر (و) التاسع (الاعتكاف) بان قال اعتكفت ان شفى الله مريضى او ان قدم زيد فلانه ليس مما يحلف به كعزل الوكيل وفى المنح نقلا عن البحر وعندى ان ذكره فى هذا القسم خطأ من وجهين من كونه يبطل بالشروط الفاسدة ومن كونه لايصح تعليقه اما الثانى فقال فى القنية قال لله على اعتكاف شهر ان دخلت الدار ثم دخل فعليه اعتكاف شهر عند علمائنا فاذا صح تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد لكنه ذكر ايجاب الاعتكاف من جملة مالا يصح تعليقه بشرط و يبطل بفاسده وذكر فى البزازية من هذا القسم فقال وتعليق وجوب الاعتكاف بالشرط لايصح ولا يلزم وقد ناقض الكمال كلامه فانه جعل ايجاب الاعتكاف مما لايصح تعليقه وعزاه الى الخلاصة ولم يقل فى رواية مع انه قدم فى باب الاعتكاف ان الاعتكاف الواجب هو المنذور تنجيزا او تعليقا وهو صريح فى صحة التعليق به وتمام تحقيقه فى البحر فليراجع لكن ان مالا يصح تعليقه وما يصح هو مع الشرط الفاسد هو الاعتكاف نفسه لا النذر به بل النذر به يصح تعليقه بالشرط و يترتب لزومه على تحقق الشرط فلا يفسده كالنذر بسائر العبادات التى يصح النذر بها بخلاف الوضوء وعيادة المريض كما عرف فى محله وقد ذكر وابعد هذا ان الوقف لايصح تعليقه بالشرط و يصح تعليق النذر به فافترقا تدبر (و) العاشر (المزارعة) بان قال زارعتك ارضى على ان تقرضنى كذا او ان قدم فلان لانها اجارة فلا يصح تعليقها بالشرط (و) الحادى عشر (المعاملة) وهى المساقات بان قال ساقيتك شجرى او كرمى على ان تقرضنى كذا او ان قدم فلان لانها اجارة ايضا (و) الثانى عشر (الاقرار) بان قال لفلان على كذا ان اقرضنى كذا او ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به بخلاف ما اذا علق بموته او بمجيء الوقت فانه يجوز و يحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود او دعوى الاجل فيلزمه للحال (و) الثالث عشر (الوقف) بان قال وقفت دارى ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به ايضا وفى البحر والوقف فى رواية فظاهره ان فى صحة تعليقه روايتين وفى الفتح وشرطه ان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لايصير وقفا (وكذ) الرابع عشر (التحكيم) بان يقول المحكمان اذا اهل شهرا او قالا لعبد او كافر اذا اعتقت او اسلمت فاحكم بيننا (عند ابى يوسف خلافا لمحمد) فانه يجوز تعليقه عنده بشرط واضافته الى زمان كالوكالة والقضاء وله ان التحكيم تولية صورة وصلح معنى فباعتبار انه صلح لايصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال وفى الخانية الفتوى على قول ابى يوسف ولم يتعرض فيه لقول الامام وقد قال بعض شارحى الكنز فانه لايصح عنده وعليه الفتوى ولم يتعرض لقول الامامين (وما) اى الذى (لايبطله الشرط الفاسد) وهو سبعة وعشرون شيئا على ما ذكره المص الاول (القرض) بان قال اقرضتك هذه المائة بشرط ان تخدمنى شهرا مثلا فانه لايبطل بهذا الشرط وذلك لان الشروط الفاسدة من باب الربوا وانه مختص بالمبادلة المالية والعقود كلها ليست بمعاوضة مالية فلا يؤثر فيها الشروط الفاسدة وفى البزازية وتعليق القرض حرام والشرط لايلزم (و) الثانى (الهبة) بان قال وهبت لك هذه الجارية بشرط ان يكون حملها لى (و) الثالث (الصدقة) بان قال تصدقت عليك على ان تخدمنى جمعة مثلا (و) الرابع (النكاح) بان قال تزوجتك على ان لا يكون لك مهر كما عرف فى موضعه (و) الخامس

(الطلاق) بان قال طلقتك على ان لا تتزوجى غيرى (و) السادس (الخلع) بان قال خالعتك على ان يكون لى الخيار مدة سماها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال (و) السابع (العتق) بان قال اعتقتك على انى بالخيار (و) الثامن (الرهن) بان قال رهنت عندك عبدى بشرط ان استخدمه (و) التاسع (الايصاء) بان قال اوصيت اليك على شرط ان تتزوج ابنتى (و) العاشر (الوصية) بان قال اوصيت لك ثلث مالى ان اجاز فلان ذكره العينى وقال فى البحر وفيه نظر لانه مثال تعليقها بالشرط والكلام الآن فى انها لا تبطل بالشرط الفاسد انتهى لكن فيه كلام لان الشرط الفاسد يصدق مع عدم صحة التعليق ومع الصحة ومعناه انه يفسد لو كان لايجوز التعليق به وهنا يجوز فلم يفسد تدبر (و) الحادى عشر (الشركة) بان قال شاركتك على ان تهدينى كذا (و) الثانى عشر (المضاربة) بان قال ضاربتك فى الف على النصف فى الربح ان شاء فلان او ان قدم زيد ذكره العينى وفى البحر وهو مثال لتعليقها بالشرط وهذا الذى وقع للعينى دليل على كسله وعدم تصفح كلامهم فانه لو اتى بالامثلة التى ذكروها فى الابواب لكان انسب انتهى لكن فيه كلام قد قررناه فى الوصية تدبر (و) الثالث عشر (القضاء) بان قال الخليفة وليتك قضاء مكة مثلا على ان لا تعزل ابدا (و) الرابع عشر (الامارة) بان قال الخليفة وليتك امارة الشام مثلا على ان لا تركب (و) الخامس عشر (الكفالة) بان قال كفلت غريمك ان اقرضنى كذا ما ذكره العينى وفى البحر وهو مثال لتعليقها بالشرط انتهى والجواب قدم تدبر (و) السادس عشر (الحوالة) بان قال احلتك على فلان بشرط ان لا ترجع عليه عند التوى (و) السابع عشر (الوكالة) بان قال وكلتك ان ابرأتنى عن مالك على ما ذكره العينى وفى البحر وهو مثال تعليقها بالشرط انتهى وقدم الجواب تدبر (و) الثامن عشر (الاقالة) بان قال اقلتك عن هذا البيع ان اقرضتنى كذا ذكره العينى وفى البحر نقلا عن القنية لايصح تعليق الاقالة بالشرط وتقدم انهما لو تقايلا باقل من الثمن الاول او بجنس آخر لم تفسد و وجب الثمن الاول وهو مثال انها لا تبطل بالشرط واما ما ذكره العينى فمثال تعليقها انتهى وفيه كلام قدم مرارا (و) التاسع عشر (الكتابة) بان قال المولى لعبده كاتبتك على الف بشرط ان لا تخرج من البلد او على ان لا تقابل فلانا او على ان لا تعمل فى نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح و يبطل الشرط وذلك لان الشرط غير داخل فى صلب العقد واما اذا كان داخلا بان كان فى نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فانها تفسد به على ما عرف فى موضعه (و) العشرون (اذن العبد فى التجارة) بان قال المولى لعبده اذنت لك فى التجارة على ان تتجر الى شهر او سنة او نحوهما لانه ليس بعقد بل هو اسقاط والاسقاطات لا تتوقف (و) الحادى والعشرون (دعوة الولد) بان يقول المولى ان كان لهذه الامة حمل فهو منى لان النسب مما يتكلف و يحتاط فى ثبوته والثانى والعشرون (الصلح عن دم العمد) بان صالح ولى المقتول عمدا القاتل على شيء بشرط ان يقرضه او يهدى اليه شيئا فان الصلح صحيح والشرط فاسد و يسقط الدم لانه من الاسقاطات ولا يحتمل الشرط وكذا الابراء عنه ولم يذكره اكتفاء به (و) الثالث والعشرون (الجراحة) بان صالح عنها بشرط اقراض شيء او اهدائه وقيد صاحب الدرر بالتى فيها القصاص فان الصلح اذا كان عن الجراحة التى فيها الارش كان من القسم الاول وكذا اذا كان عن القتل الخطأ يكون من القسم الاول (و) الرابع والعشرون (عقد الذمة) بان قال الامام لحربى يطلب عقد الذمة ضربت عليك الجزية ان شاء فلان مثلا فان عقد الذمة صحيح والشرط باطل كما فى البحر وهو كما لا يخفى مثال لتعليق عقد الذمة بالشرط والعجب انه اعترض العينى مرارا فغفل عنه تأمل (و) الخامس والعشرون (تعليق الرد بعيب) بان قال ان وجدت بالمبيع عيبا ارده عليك ان شاء فلان مثلا (او بخيار الشرط) وهو السادس والعشرون اى وتعليق الرد به بان قال من له خيار الشرط فى البيع رددت البيع او قال اسقطت خيارى ان شاء فلان فانه يصح و يبطل الشرط كما فى البحر وفيه كلام لان تعليق الرد بالعيب بط وله الرد بالعيب وفى خيار الشرط صح ما شرط ومثل فى الخلاصة للاول بقوله بان قال ان لم ارد هذا الثوب المعيب اليوم عليك فقد رضيت بالعيب وللثانى بقوله لو قال ابطلت خيارى اذا جاء غد انتهى ومقتضاه انه اذا قال ذلك بطل خياره اذا جاء غد فقول صاحب البحر يبطل الشرط ليس بط تدبر (و) السابع والعشرون (عزل القاضى) بان قال الخليفة للقاضى عزلتك عن القضاء ان شاء فلان فانه ينعزل و يبطل الشرط كما فى البحر لكن يرد عليه بان هذا مثال للتعليق بالشرط كما مر آنفا والمص لم يذكر ما تصح اضافته الى المستقبل ومالا تصح واقتصر من القاعدة على ما ذكره لكن قال فى التنوير والغرر وما تصح اضافته الى المستقبل اربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية بالمال والقضاء والامارة والطلاق والعتاق والوقف ومالا تصح اضافته الى المستقبل عشرة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين فان هذه الاشياء تمليكات فلا تجوز

اضافتها الى الزمان كما لايجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار *) كتاب الصرف ١* وجه المناسبة بالبيع
وتأخيره ظ (هو) لغة النقل والزيادة وشرعا هو (بيع ثمن بثمن) اى ماخلق للثمنية (تجانسا) كبيع الفضة بالفضة
والذهب بالذهب (اولا) كبيع الذهب بالفضة او بالعكس ودخل تحت قولنا ماخلق للثمنية بيع المصوغ بالمصوغ
او بالنقد فان المصوغ بسبب مااتصل به من الصنعة لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين فى العقد ومع ذلك بيعه صرف
لانه خلق للثمنية (وشرط فيه) اى فى الصرف اى شرط بقائه على الصحة لاشرط انعقاده وهو الصحيح المختار
كما فى البحر (التقابض قبل التفرق) بالابدان حتى لو قاما وذهبا معا فرسخا مثلا فى جهة واحدة ثم تقابضا قبل الافتراق
صح وكذا لو طال قعودهما فى مجلس الصرف او ناما او اغمى عليهما فيه ثم تقابضا بخلاف خيار المخيرة اذ التخيير
تمليك فيبطل بمايدل على الرد والقيام دليله والمعتبر افتراق العاقدين حتى لو كان لكل من الرجلين على صاحبه
دين فارسل رسولا فقال بعتك الدنانير التى لى عليك بالدراهم التى لك على وقال قبلت فهو بطلان حقوق العقد
تتعلق بالمرسل لابالرسول وكذا لو نادى احدهما صاحبه من وراء جدار او ناداه من بعيد لم يجز لانهما متفرقان بابدانهما
كما فى البحر (وصح بيع الجنس بغيره) يعنى الذهب بالفضة او بالعكس (مجازفة وبفضل) ان تقابضا فى المجلس
لان المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية فلا يضره الجزاف ولو افترقا قبل القبض بطل لفوات الشرط
والمراد بالقبض القبض بالبراجم لابالتخلية (لا بيعه) اى بيع الجنس (بجنسه) لامجازفة ولا بفضل (الامتساويا)
لما مر فى الربوا لقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وفى المجازفة
احتمال الربوا فلا يجوز (وان) وصلية (اختلفا جودة وصياغة) لان المماثلة فى الاوصاف ليست بشرط لقوله
عليه السلام جيدها ورديها سواء ولافرق فى ذلك بين ان يكونا ممايتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر اولايتعينان
كالمضروب او يتعين احدهما دون الاخر وفى البحر اذاباع درهما كبيرا بدرهم صغيرا ودرهما جيدا بدرهم ردى
يجوز لان لهما فيه غرضا صحيحا ثم فرعه بقوله (فان بيع) الجنس بالجنس (مجازفة ثم علم التساوى قبل التفرق جاز)
والافلا والقياس ان لايجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة
واحدة وقال زفر اذاعرف التساوى بالوزن جاز سواء كان فى المجلس او بعده وانماقلنا بيع الجنس بالجنس لان وضع
المسئلة فيه قال فى البحر وغيره لو باع الجنس بالجنس مجازفة فان علما تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لاعلى ان
مسئلة اختلاف الجنس قد تقدمت آنفا فلاحاجة الى التكرار فعلى هذا ظهر فساد ماقيل فى تفسير قوله فان بيع اى
الذهب بالفضة مجازفة ثم علم التساوى قبل التفرق جاز لاختلاف الجنس تدبر (ولا يجوز التصرف فى بدل الصرف قبل
قبضه) اذ كل واحد منهما ثمن من وجه وهذا القدر يكفى فى سلب الجواز لان الشبهات ملحقة بالحقيقة فى باب الحرمات
ثم فرعه بقوله (فلو باع ذهبا بفضة واشترى بها) اى بالفضة (ثوبا قبل القبض فسد بيع الثوب) لفوات القبض الواجب
فى بدلى الصرف ولان الثمن فى الصرف مبيع من وجه لعدم الاولوية والتصرف فى المبيع قبل القبض لايجوز قيل
لانم عدم الاولوية فان مادخله الباء اولى بالثمنية واجيب بان ذلك فى الاثمان الجعلية لافى الاثمان الخلقية والقياس
يقتضى جوازه كما نقل عن زفر (ولو اشترى امة تساوى الفامع طوق) من فضة (قيمته الف بالفين) متعلق باشترى
(ونقد) المشترى من الثمن (الفا فهو ثمن الطوق) لان قبض ثمن الصرف واجب حقا للشرع وقبض ثمن الامة ليس
بواجب فالظاهر هو الاتيان بالواجب (ولو اشتراها) اى الامة التى معها طوق (بالفين الف نقد والف نسيئة فالنقد
ثمن الطوق) لان التأجيل فى الصرف بطل وفى المبيع جائز فيصرف الاجل الى الامة دون الطوق اذ المباشرة على
وجه الصحة لاعلى وجه البطلان ولو اشتراها بالفين نسيئة فسد فى الكل قيد بتأجيل البعض لانه لو اجل الكل
فسد البيع فى الكل عند الامام وقالا يفسد فى الطوق دون الامة كما فى البحر (ومن اشترى سيفا حليته خمسون) اى
تساوى خمسين درهما (بمائة) متعلق باشترى (ونقد خمسين فهى حصة الحلية وان) وصلية (لم يبين) المشترى
حصة الحلية لان حصة الحلية يجب قبضها فى المجلس والظاهر من حال المسلم ان لايترك الواجب فيحمل عليه
وان لم يبينه ولم ينوه (او قال هى من ثمنهما) لان معنى قول المشترى خذ هذا من ثمنهما خذ بعضا من ثمن مجموعهما
وثمن الحلية بعض ثمن المجموع فيحمل عليه طلبا للجواز وقيل معناه خذ هذا على انه ثمن كل منهما وليس الحال كذلك
فيكون من قبيل ذكر الاثنين وارادة الواحد كما قال الله تعالى نسيا حوتهما وقال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ
والمرجان والمراد احدهما بخلاف ما اذا لم يذكر المفعول به للامكان وهنا صورتان احديهما ان يبين ويقول خذ
هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف والثانية ان يجعل الكل من ثمن السيف وفيهما يكون المقبوض
ثمن الحلية لانهما شئ واحد فيجعل عن الحلية لحصول مراده هكذا ذكره الزيلعى وفى البحر معزيا الى المبسوط لو قال

خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الاخر نعم او قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع فى الحلية لان الترجيح
بالاستحقاق عند المساواة فى العقد والاضافة ولامساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع ثمن السيف خاصة
والقول فى ذلك قوله لانه هو المملك فالقول له فى بيان جهته وفى السراج لو قال هذا الذى عجلته حصة السيف كان
عن الحلية وجاز البيع لان السيف اسم للحلية ايضا لانها تدخل فى بيعه تبعا ولو قال هذا من ثمن النصل والجفن خاصة
فسد البيع لانه صرح بذلك وازال الاحتمال فلم يكن حمله على الصحة ويمكن التوفيق بان يحمل ماذكره الزيلعى
على ما اذا قال من ثمن السيف ولم يقل خاصة فيوافق مافى السراج واما فى المبسوط فانما قال خاصة وح كانه قال
خذ هذا عن النصل فليتأمل انتهى قيد بقوله بمائة لانه لو باعه بخمسين اواقل منها لم يجز للربوا وان باعه بفضة
لم يدروزنها لم يجز ايضا لشبهة الربوا خلافا لزفر فى ثلاثة اوجه لايجوز البيع وفى واحد يجوز وهو ما اذا علم ان الثمن
ازيد ممافى الحلية ليكون ماكان قدرها مقابلا لها والباقى فى مقابلة النصل خلافا للائمة الثلاثة هذا اذا كان الثمن
من جنس الحلية فان كان من خلافها جاز كيف ما كان لجواز التفاضل ولاخصوصية للحلية مع السيف بل المراد
اذا جمع مع الصرف غيره فان النقد لايخرج عن كونه صرفا بانضمام غيره اليه وعلى هذا بيع المزركش والمطرز
بالذهب او الفضة وفى المبسوط وكان محمد بن سيرين يكره بيعه بجنسه وبه نأخذ لاحتمال الزيادة والاولى بيعه بخلاف
جنسه (وان تفرقا) اى المتعاقدان (بلاقبض) شئ (صح) البيع (فى السيف دونها) اى دون الحلية (ان تخلص
السيف عن الحلية (بلاضرر) لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والامة (والا) اى وان لم يتخلص بلاضرر
(بطل) البيع (فيهما) اى فى السيف والحلية لان حصة الصرف يجب قبضها قبل الافتراق فاذا لم يقبضها حتى افترقا
فسد لفقد شرطه وكذا فى السيف ان كان لايتخلص الابضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر كالجذع فى السقف
وفى البحر تفصيل فليراجع (وان باع اناء فضة) بفضة او ذهب (وقبض بعض ثمنه فافترقا) قبل قبض الباقى (صح
العقد (فيما قبض فقط) لوجود شرطه وهو القبض قبل الافتراق وبطل فيما لم يقبض لعدم وجود الشرط (والاناء
مشترك بينهما) لان عقد الصرف وقع على كله ولانم طرء الفساد على مالم يقبض وهو لايشيع على ما وجد فيه القبض
فحصلت الشركة فى الكل بالتراضى ولم يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان صفقة الصرف تمت بالتقابض ولو فى البعض
ولاخيار للمشترى بخلاف هلاك احد العبدين قبل القبض كما فى البحر (وان استحق بعضه) اى بعض الاناء
(اخذ المشترى مابقى بحصته او رده) لان الشركة عيب فى الاناء لان التشقيص يضره وكان ذلك بغير صنعه فيتخير
بخلاف مامر لان الشركة وقعت بصنعه وهو الافتراق قبل نقد كل الثمن فان اجاز المستحق قبل فسخ الحاكم
العقد جاز العقد وكان الثمن له يأخذه البائع من المشترى ويسلمه اليه اذا لم يفترقا بعد اجازة ويصير العاقد وكيلا
للمجيز فتتعلق حقوق العقد به دون المجيز اطلق فى الخيار فشمل ماقبل القبض وبعده كما فى البحر (ولو استحق بعض
قطعة نقرة) وهى القطعة المذابة من الذهب او الفضة (اشتراها اخذ) المشترى (الباقى بحصته بلاخيار)
لان الشركة ليست بعيب فى النقرة اذ لايلزم الانتقاص بالتبعيض فلم يتضرر المشترى بالشركة فيها هذا
لو كان الاستحقاق بعد قبضها اما لو كان قبل قبضها فله الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام كما فى البحر والدرهم
والدينار نظير النقرة لان الشركة فى ذلك لا تعد عيبا (وصح بيع درهمين ودينار بدينارين ودرهم استحسانا)
عندنا بصرف الجنس الى خلافه فيقابل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم وقال زفر والائمة الثلاثة لايجوز
هذا العقد اصلا (و) صح ايضا بيع كر بر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير بان يجعل كرابر بكر شعير وكرا شعير بكر بر واو صرفا
الى جنسه فسد وفى البحر تفصيل فليطالع (و) صح (بيع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) بان يجعل العشرة
بمثلها والدينار بدرهم تصحيحا للعقد وانما ذكر هذه بعد التى قبلها وان كانت قد علمت مما قبلها البيان انه لايشترط ان
يكون الجنسان من الطرفين بل ان كانا فى طرف واحد فكذلك (وصح) بيع (درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين
ودرهم غلة) للتساوى فى الوزن وسقوط اعتبار الجودة وفيه خلاف زفر والائمة الثلاثة ايضا وفى الاصلاح قد ذكر صاحب
الوقاية هنا مسائل من مسائل الربوا وردناها الى بابها انتهى ويمكن الجواب بان يقال قد شرط التماثل فى الصرف
فرارا عن الفضل المؤدى الى الربوا فذكر مسئلة بيع درهمين ودينار وبيع كر بر وبيع درهم صحيح فى الصرف لان مبناه
على الجواز لافى باب الربوا لكون مبناه على عدم الجواز (و) صح بالاجماع (بيع دينار بعشرة هى) اى العشرة (عليه)
ويقع المقاصة بنفس العقد لان الدين لم يجب بعقد بل كان ثابتا قبله وسقط باضافة العقد اليه ولا ربوا فى دين
سقط (او بعشرة مطلقة) اى صح استحسانا عندنا ان باع الدينار ممن عليه عشرة دراهم ولكن لم يضف
العقد الى ما فى ذمته بل الى عشرة مطلقة غير مقيدة بكونها عليه (ان دفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة)

والقياس عدم الجواز وهو قول زفر والائمة الثلثة لكونه اشبد الاوجه الاستحسان انهما لما تقاصا انفسخ الاول
وانعقد صرف آخر مضافا فثبت الاضافة اقتضاء كما لو جدد البيع باكثر من الثمن الاول قبل هذا اذا كان الدين
سابقا اما اذا كان لاحقا فكذلك يجوز فى اصح الروايتين وذلك بان باع دينارا بعشرة دراهم ثم باع مشترى الدينار
ثوبا منه بعشرة وتقاصا ثم الظ ان قوله وتقاصان معطوف على قوله ان دفع فيقتضى سقوط نون التثنية الاان يقال
انه استيناف لكنه بعيد ولو قال وتقاصا بصيغة المضى كما وقع فى سائر الكتب لكان اسلم تدبر (وماغالبه الفضة
او الذهب فضة وذهب) لف ونشر مرتب حكما اذا الحكم فى الشرع للغالب لان الغش القليل لايخرج الدرهم
عن الدرهمية والدينار عن الدينارية لان العقود المستعملة بين الناس لاتخلو منه ثم فرع بقوله (فلايجوز بيع الخالص به)
اى بغالب الفضة او بغالب الذهب (ولابيع بعضه ببعض الامتساويا وزنا) استثناء من مجموع ما فى حيز قوله فلايجوز
(ولايجوز استقراضه الاوزنا) كما فى الجياد (وماغلب عليه الغش منهما) اى من الذهب والفضة بحيث لايتميز
عن الغش الابضرر (فهو فى حكم العروض) لافى حكم الدراهم والدنانير اذا الحكم للغالب فى الشرع ثم فرعه بقوله
(فبيعه) اى ماغلب عليه الغش (بالخالص على وجوه حلية السيف) لانه اذا كانت زيادة الخالصة معلومة يجوز
البيع لو تقابضا قبل الافتراق وتكون الفضة بالفضة والزيادة فى مقابلة الغش هو النحاس وغيره على مثال بيع الزيتون
بالزيت اما اذا كانت الخالصة مثل ما فى المغشوش او اقل اولم يعلم ايهما اقل فلايجوز كما هو حكم حلية السيف
على مابيناه فى موضعه (وبصح بيعه) اى بيع الذى غلب غشه (بجنسه متفاضلا) صرفا للجنس الى خلافه
(بشرط التقابض فى المجلس) فى الصورتين لوجود الفضة من الجانبين ومتى شرط القبض فى الفضة اعتبر
فى النحاس لعدم التميز عنه الابضرر هذا اذا عرف ان الفضة تجتمع عند اذابة المغشوشة ولاتحترق اما اذا عرف انها
تحترق وتهلك كان حكمها حكم النحاس الخالص ولايجوز بيعها بجنسها متفاضلا (و) صح (التبايع والاستقراض
(بمايروج منه) اى من الذى غلب غشه من الذهب والفضة اوزنا ان كان يروج وزنا (اوعددا) ان كان يروج
عددا (اوبهما) اى بكل منهما ان كان يروج بهما لان المعتبر فيما لا نص فيه العادة (ولايتعين بالتعيين) مادام يروج
(لكونه ثمنا) بالاصطلاح فان هلك قبل التسليم لايبطل العقد بينهما و يجب عليه مثله (ولواشترى به) اى بالذى
غلب غشه وهو نافق (فكسد) قبل النقد (بطل البيع) عند الامام لان الثمنية ثبتت لها بعارض الاصطلاح فاذا
كسدت رجعت الى اصلها ولم تبق ثمنا فيبطل البيع لبقائه بلا ثمن و يجب على المشترى رد المبيع ان كان قائما ومثله
اوقيمته ان كان هالكا (وقالا لايبطل البيع) لان الثمن تعلق بالذمة والكساد عرض على الاعيان دون الذمة
ولما لم يتمكن من تسليم الثمن لكساده تجب قيمته وعن هذا قال (وتجب قيمته) اى قيمة الذى غلب غشه يوم البيع
عند ابى يوسف) لانه مضمون بالبيع فتعتبر قيمته فى ذلك الوقت كالمغصوب وفى الذخيرة الفتوى على قول
ابى يوسف (و) قيمته (آخر ماتعومل به عند محمد) اى قيمته يوم ترك الناس المعاملة لان التحول من رد المسمى الى قيمته
انما صار بالانقطاع فيعتبر يومه وحد الكساد ان تترك المعاملة بها فى جميع البلاد وان كانت تروج فى بعض البلاد
لايبطل لكنه يتعيب فيتخير البائع وحد الانقطاع ان لا يوجد فى السوق وان وجد فى يد الصيارفة اوفى البيوت
كما فى البحر ولم يذكر فيما نقصت قيمتها قبل القبض اوغلت وفى التنوير ولو نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع
على حاله بالاجماع ولايتخير البائع وعكسه لوغلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولايتخير المشترى ويطالب
بنقد ذلك العيار الذى كان وقت البيع (ومالا يروج منه) اى من الذى غلب غشه كالرصاصة والستوقية (يتعين
بالتعيين) لزوال المقتضية للثمنية وهو الاصطلاح وينبغى للمص ان يذكر عقيب قوله ولايتعين بالتعيين لكونه ثمنا
كما وقع فى سائر الكتب تتبع (والمتساوى الغش كغلوبه فى التبايع والاستقراض) فلايجوز البيع به ولا اقراضه الابالوزن
بمنزلة الدراهم الردية ولاينتقض العقد لان الخالص فيه موجود حقيقة ولم يصر مغلوبا فيجب الاعتبار بالوزن شرعا
واذا اشير اليه فى المبايعة كان بيانا لقدره ووصفه ولايبطل البيع بهلاكه قبل القبض و يعطيه مثله لكونه ثمنا لم يتعين
كما فى البحر (وكذا فى الصرف) يعنى المتساوى الغش كغلوبه فى الصرف ايضا حتى لايجوز بيعه بجنسه متفاضلا
(وقيل كغالبه) اى كغالب الغش حتى يجوز بيعه بجنسه متفاضلا ولو باعه بالفضة الخالصة لم يجز حتى يكون الخالص
اكثر مما فيه الفضة لانه لاغلبة لاحدهما على الاخر فيجب اعتبارهما (ويجوز البيع بالفلوس النافقة وان) وصلية
لم يتعين) لانها اموال معلومة وصارت اثمانا بالاصطلاح فجاز فيها البيع فوجبت فى الذمة كالنقدين ولايتعين
وان عينها كالنقد الا اذا قال اردنا تعليق الحكم بعينها فح يتعلق العقد بعينها بخلاف ما اذا باع فلسا بفلسين
باعيانهما حيث يتعين من غير تصريح لانه لولم يتعين لفسد البيع وهذا على قولهما وعلى قول محمد لايتعين وان صرحا

واصله

واصله ان اصطلاح العامة لايبطل باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما يبطل فى حقهما كما فى البحر
(فان كسدت) اى اشترى بها شيأ فكسدت قبل التسليم (فالخلاف فى كساد المغشوش) يعنى يبطل البيع عند الامام
خلافا لهما هكذا ذكر القدورى الخلاف والذى فى الاصل وشرح الطحاوى والاسرار البطلان من غير ذكر
خلاف سوى خلاف زفر كما فى اكثر شراح الهداية لكن فى الفتح جواب فحاصله لافرق بين كساد المغشوشة وكساد
الفلوس اذ كل منهما سلعة بحسب الاصل ثمن بالاصطلاح فان غالبة الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلا فاو
لم ينص على الخلاف فى الفلوس وجب الحكم به (ولواستقرضها) اى الفلوس (فكسدت يرد مثلها) اذا كانت هالكة عند
الامام واما اذا كانت قائمة فرد عينها بالاجماع لان المردود فى القرض جعل عين المقبوض حكما والا يلزم مبادلة جنس
بجنس نسيئة وانه حرام فلايشترط فيها الرواج (وعند ابى يوسف قيمتها) اى قيمة الفلوس (يوم القرض وعند محمد يوم
الكساد) وقول ابى يوسف ايسر للفتوى لان يوم القبض يعلم بلا كلفة وقول محمد نظرا فى حق المستقرض لان قيمتها
يوم الانقطاع اقل وكذا فى حق المقرض بالنظر الى قول الامام لا الى المفتى لان يوم الكساد لايعرف الابحرج
(ولايجوز البيع بغير النافقة مالم يتعين) لانها سلع فلابد من تعينها (ومن اشترى بنصف درهم فلوس اودانق) بفتح النون
وكسرها سدس الدرهم يحتمل ان يكون عطفا على درهم اوعلى نصف وهو الظاهر (فلوس اوقيراط) وهو نصف
الدانق (فلوس جاز البيع) عندنا وكذا بثلث درهم اوربعه (وعليه) اى على المشترى (ما باع بنصف درهم اودانق
اوقيراط منها) اى من الفلوس فقوله من الفلوس بيان لما يباع لان التبايع بهذا الطريق متعارف فى القليل معلوم
بين الناس لاتفاوت فيه فلايؤدى الى النزاع واقتصر المص على مادون الدرهم لانه لو اشترى بدرهم فلوس
اوبدرهمين فلوس لايجوز عند محمد لعدم العرف وجوزه ابو يوسف للعرف وهو الاصح كما فى الكافى (ولو دفع الى صيرفى)
وهو من يميز الجودة من الرداءة (درهما وقال اعطنى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا) اى ماضرب من الفضة مايساوى
وزن نصف درهم (الاحبة فسد البيع فى الكل) عند الامام لان الفساد قوى فى البعض وهو قوله نصف درهم الاحبة
لتحقق الربوا لانه باع الفضة بالفضة متفاضلا وزن الحبة فيسرى الى البعض الاخر وهو الفلوس لاتحاد الصفقة
(وعندهما صح) البيع (فى الفلوس) و بطل فيما يقابل الفضة واصل الخلاف ان العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ وعندهما
بتفصيل الثمن حتى لوقال اعطنى بنصفه فلوسا واعطنى بنصفه نصفا الاحبة جاز البيع فى الفلوس وبطل فيما بقى
عندهما كما فى البحر وعن هذا قال (ولو كرر اعطنى صح فى الفلوس اتفاقا) لانه لما كرر صار عقدين وفى الثانى ربوا
وفساد احد البيعين لايوجب فساد الاخر وفى المنح قال ابو النصر الاقطع هذا غلط من الناسخ لان العقد فيه فاسد
عند الامام وعندهما جائز فى الفلوس فاسد فى قدر النصف الاخر على اختلافهم فى الصفقة الواحدة اذا تضمنت
الصحيح والفاسد وفى الفتح اعتراض وجواب فليطالع (ولو قال اعطنى به) اى بالدرهم (نصف درهم فلوس) قال
المولى سعدى قال ابن الهمام يجوز فى فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة لنصف ويجوز على رواية الجر ان يكون
صفة للنصف والجر على الجوار (ونصفا الاحبة صح فى الكل والنصف) والاولى بالفاء التفريعية (الاحبة بمثله
والفلوس بالباقى) لانه ذكر الثمن ولم يقسمه على اجزاء الثمن فيكون النصف الاحبة فى مقابلة مثله ومابقى من
نصف وحبة فى مقابلة الفلوس وفى التنوير والاموال ثلثة ثمن بكل حال وهو النقدان صحبته الباء اولا قوبل بجنسه
اولا ومبيع بكل حال كالثياب والدواب وثمن من وجه مبيع من وجه كالمثليات فانها ان اتصل بها الباء فهى
ثمن والافبيع واما الفلوس فان كانت رائجة الحقت بالثمن والافبالسلعة ومن حكم الثمن عدم اشتراط وجوده فى ملك
العاقد عند العقد وعدم بطلان العقد بهلاك الثمن ويصح الاستبدال به فى غير الصرف والسلم وحكم البيع خلاف
الثمن فى الكل *) كتاب الكفالة (* عقب البيوع بذكر الكفالة لانها لاتكون فى البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامر
كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقب البيوع التى (هى) معاوضة وهى فى اللغة الضم قال الله تعالى
وكفلها زكريا اى ضمها الى نفسه وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا اى جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها وفى الشرع
(ضم ذمة) اى ذمة الكفيل (الى ذمة) اى الى ذمة الاصيل (فى المطالبة) وفى المنح واصله ان الكفيل والمكفول عنه
صار امطالوبين للمكفول له سواء كان المطلوب من احدهما هو المطلوب من الاخر كما فى الكفالة بالمال اولا كما فى الكفالة
بالنفس فان المطلوب من الاصيل المال ومن الكفيل احضار النفس ولفظ المطالبة باطلاقه ينتظمهما هذا على رأى
بعضهم وجزم مسكين فى شرح الكنز بان المطلوب منهما واحد وهو تسليم النفس فان المطلوب عليه تسليم النفس
والكفيل قد التزمه اذا علمت هذا ظهر لك انه لايحتاج الى قول صاحب الدرر فى مطالبة النفس او المال او التسليم
لان المطالبة تشمل ذلك انتهى لكن فيه كلام لان صاحب الدرر قال بعده وانما اخترت تعريفا صحيحا متناولا

لجميع الاقسام صريحا ولاصراحة فيما نقل صاحب المنح عن المسكين بل على طريق الشمول والتصريح اولى في التعريف تدبر (لافي الدين) كما قاله بعضهم لكنه (هو) اي كونه ضم ذمة الى ذمة في المطالبة (الاصح) لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة بنفسها ولانه لما ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وهو قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما في العناية وغيرها لكن فيه كلام لان معنى قلب الحقايق عند المحققين انقلاب واحد من الواجب والممتنع والممكن الى الاخر والدين فعل واجب في الذمة وهو ههنا تمليك مال بد لا عن شئ كما في القهستاني وقال المولى اخي في حاشيته تعليل صاحب العناية يعطي عدم صحة الثاني مع ان مقتضى صيغة التفضيل صحته اللهم الا ان يلغى معنى الافضلية فيها كما صرح به في شرح المفتاح فكانه قال الصحيح الاول فاندفع ما ذكر صاحب الدرر انتهى هذا مخالف لاصطلاح الفقهاء فانهم لا يستعملون الاصح في معنى الصحيح بل في مقابلة الصحيح تدبر (ولا تصح) الكفالة (الا ممن يملك التبرع) لانه عقد تبرع ابتداء فلا تصح من العبد والصبي والمجنون لكن العبد يطالب بعد العتق كما في الخلاصة هذا بيان اهلها واما ركنها فايجاب وقبول بالالفاظ الآتية ولم يجعل ابو يوسف في قوله الاخر القبول ركنا فجعلها تتم بالكفيل وحده في المال والنفس وشرطها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل وفي الدين كونه صحيحا وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل بما هو على الاصيل نفسا ومالا والمدعي مكفول له والمدعى عليه مكفول عنه والنفس او المال مكفول به والمكفول عنه والمكفول به في الكفالة بالنفس واحد (وهي) اي الكفالة (ضربان) كفالة (بالنفس) وكفالة (بالمال) خلافا للشافعي في الكفالة بالنفس اذ عنده لا تجوز الكفالة بالنفس في قول لانه غير قادر على تسليم المكفول له حيث لا ينقاد له بل يمانعه ويدافعه بخلاف الكفالة بالمال لقدرته على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وجه الاستدلال به انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لا يقال لا غرم في كفالة النفس لانا نقول الغرم لزوم ضرر عليه ومنه قوله تعالى ان عذابها كان غراما ويمكن العمل بموجبها بان يخلي بينه وبينه على وجه لا يقدر ان يمتنع عنه او بان يستعين باعوان القاضي على تسليمه مع ان الظاهر انه انما يتكفل بنفس من يقدر على تسليمه وينقاد له وايضا الزام الشئ على نفسه يصح وان كان لا يقدر على الملتزم عليه غالبا كمن نذر ان يحج الف حجة يلزمه ذلك وان كان لا يعيش الف سنة (فالاولى) اي كفالة النفس (تنعقد بكفلت بنفسه وبرقبته ونحوها) اي نحو الرقبة (مما يعبر به عن) جميع (البدن) عرفا كالبدن والجسد والروح والرأس والوجه والعنق والعين والفرج اذا كانت امرأة بخلاف اليد والرجل (او بجزء شايع منه كنصفه او عشره او ثلثه او ربعه او نحوها لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شايعا كذكر كلها وفي السراج ولو اضاف الجزء اليه بان قال الكفيل كفل لك نصفي او ثلثي فانه لا يجوز (و) تنعقد (بضمنته) اي بقوله ضمنت لك فلانا لانه تصريح بمقتضاه (او هو علي) لان كلمة على للالزام فكانه قال انا ملتزم تسليمه (او الي) لان الى بمعنى على قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا اي يتيما او عيا لا فالي وروى علي لكونهما بمعنى (او انا زعيم) لان الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف وانا به زعيم اي كفيل (او قبيل به) اي بفلان لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة لانه يحفظ الحق (لا) تنعقد (بانا ضامن لمعرفته) لانه التزم معرفته دون المطالبة وقال ابو يوسف يصير ضامنا للعرف وقال ابو الليث هذا القول عن ابي يوسف غير مشهور والظاهر ما عنهما وبظاهر الرواية يفتى كما في اكثر الكتب وفي التنوير وتنعقد بقوله انا ضامن حتى تجتمعا او يلتقيا ويكون كفيلا الى الغاية وقيل لا ينعقد لعدم بيان المضمون هل هو نفس او مال قيد بالمعرفة لانه لو قال انا ضامن من تعريفه او على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه اللزوم كما في البحر ولو قال انا ضامن لوجهه فانه يؤخذ به ولو قال انا اعرفه لا يكون كفيلا وكذا لو قال انا كفيل لمعرفة فلان ولو قال معرفة فلان علي قالوا يلزمه ان يدل عليه كما في الخانية ولو قال فلان اشناء منست او اشناسنت صار كفيلا بالنفس عرفا وبه يفتى كما في المضمرات (وصح اخذ كفيلين واكثر) لان حكم الكفالة استحقاق المطالبة وهو يحتمل التعدد فالتزام الاول لا يمنع الثاني على ان الحق منها التوثق واخذ كفيل آخر واخر زيادة في التوثق فصحت الثانية مع بقاء الاولى وكذا الثالثة فما فوقها (ويجب فيها) اي في الكفالة بالنفس على الكفيل (احضار المكفول به) وهو النفس (اذا طلبه المكفول له) وهو المدعي وفاء بما التزمه (فان لم يحضره) اي ان لم يحضر الكفيل المكفول به بعد الطلب بغير عجز حبس على صيغة المبني للمفعول اي حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء ما وجب عليه ولكن لا يحبسه اول مرة حتى يظهر مطله لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المطل هذا اذا اقر بالكفالة بالنفس اما اذا انكرها وثبتت بالبينة عند الحاكم فيحبسه اول مرة في ظاهر الرواية وقال الخصاف لا يحبسه اول مرة واو ثبت بالبينة وقيدنا بغير عجز

لانه ان عجز فلا حبس بل يلازمه الطالب وان عين) اي الكفيل (وقت تسليمه) اي المكفول به (لزمه) اي الكفيل (ذلك) اي احضار المكفول به (فيه) اي في الوقت الذي عينه (اذا طلبه) المكفول له في ذلك الوقت او بعده لانه التزمه كذلك (فان سلمه) اليه (قبل) مجئ (ذلك الوقت برئ) الكفيل وان لم يقبله المكفول له لانه ما التزم تسليمه الامرة وقد اتى به وفي المنح اذا كفل الى ثلاثة ايام كان كفيلا بعد الثلاثة ولا يطالب في الحال في ظاهر الرواية وبه يفتى واذا قال انا كفيل بنفس فلان من اليوم الى عشرة ايام صار كفيلا في الحال فاذا مضت العشرة خرج عنها ولو قال انا كفيل بنفسه الى عشرة فاذا مضت العشرة فانا برئ قال ابن الفضل لا مطالبة عليه بها الا فيها ولا بعدها وقال ابو الليث الفتوى على انه لا يصير كفيلا وهذا حيلة لمن يلتمس منه الكفالة ولا يريد ان يصير كفيلا وفي الواقعات الفتوى على انه يصير كفيلا كما في البحر (فان غاب المكفول به وعلم مكانه امهله الحاكم مدة ذهابه وايابه) وهو مقيد بما اذا اراد الكفيل السفر اليه فان ابى حبسه للحال من غير امهال كما في البزازية (فان مضت) المدة (ولم يحضره) مع امكان الاحضار (حبسه) الحاكم لما ذكرناه (وان غاب) المكفول به (ولم يعلم مكانه لا يطالب به) لانه عاجز فعلى هذا اذا التجأ الى باب الجائر ينبغي ان لا يطالب به لتحقق العجز كما في الزاهدي وفي البحر ولا بد من ثبوت انه غائب لم يعلم مكانه اما بتصديق الطالب او ببينة فان اختلفا ولا بينة فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كان له خرجة معلومة للتجارة في كل وقت فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع والا فالقول للكفيل لتمسكه بالاصل وهو الجهل ولو علم ان المكفول به ارتد ولحق بدار الحرب يؤجل الكفيل ولا تبطل باللحاق بدار الحرب وهو مقيد بما اذا كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا وبينهم مواعدة انهم يردون الينا المرتد والا فلا ثم في كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب ان يستوثق بكفيل من الكفيل حتى لا يغيب الاخر (وتبطل) الكفالة بالنفس (بموت الكفيل) لحصول العجز الكلي عن التسليم بعد موته ووارثه لا يقوم مقامه لان الخلفية فيماله لا فيما عليه بخلاف الكفالة بالمال كما في الهداية وغيرها لكن في السراج نقلا عن الكرخي لا تبطل بموت الكفيل ويطالب وارثه باحضاره (و) تبطل بموت (المكفول به) لامتناع التسليم (ولو) كان المكفول به (عبدا) انما قال هذا لتوهم ان العبد مال مطالب به وكفل بنفسه رجل اما اذا كان المدعى به نفس العبد لا يبرأ وضمن قيمته (دون موت المكفول له) بل يطالب وارثه او وصيه الكفيل) اي اذا مات المكفول له لم تبطل ويسلمه الكفيل الى ورثته فان سلمه الى بعضهم برئ منهم خاصة وللباقين مطالبته باحضاره فان كانوا اصغارا فلوصيهم مطالبته فان سلمه احد الوصيين برئ في حقه وللاخر مطالبته وفي منظومة ابن وهبان انها تبطل بموت الطالب والمعروف في المذهب خلافه كما في البحر (ويبرأ) الكفيل بالنفس (اذا سلمه) اي سلم المكفول به الى المكفول له (حيث تمكن مخاصمته) كما اذا سلمه في مصر سواء قبله الطالب اولا (وان) وصلية (لم يقل اذا دفعته اليك فانا برئ) لان موجب الدفع اليه البراءة فتثبت وان لم ينص عليها كالمديون اذا سلم الدين واطلاقه شامل ما اذا قال سلمته اليك بجهة الكفالة اولا ان طلبه منه واما اذا لم يطلبه منه فلا بد ان يقول ذلك (و) يبرأ (بتسليم وكيل الكفيل او رسوله) لقيامهما مقامه (و بتسليم المكفول به نفسه من كفالته) هذا قيد في الجميع يعني لا يبرأ الكفيل حتى يقول المكفول سلمت نفسي اليك من الكفالة والوكيل والرسول كالمكفول لا بد من التسليم عنها والا لا يبرأ كما في المنح فعلى هذا ظهر ضعف ما قيل من انه متعلق بتسليم المكفول به نفسه تدبر هذا اذا كان بغير طلب اما اذا كان بعد طلبه فلا يشترط ان يقول سلمته بحكم الكفالة كما مر آنفا فينبغي لصاحب المنح التفصيل تأمل قيد بالوكيل والرسول لانه لو سلمه اجنبي بغير امر الكفيل وقال سلمت اليك عن الكفيل فان قبله الطالب برئ الكفيل وان سكت لا (فان شرط تسليمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق) اي في سوق المصر (قالوا يبرأ) لحصول الحق بنصرة اعوان الحاكم (والمختار في زماننا انه لا يبرأ) سواء كان في سوق ذلك المصر او في سوق مصر آخر وهو قول زفر وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في اقامة الحق ولمعاونة الفسقة على الخلاص منه والفرار فالتقييد بمجلس القاضي مفيد وهذه احدى المسائل التي يفتى بقول زفر وان سلمه في مصر اخر لا يبرأ عندهما لانه قد يكون شهوده فيما عينه او يعرف ذلك القاضي حادثته فلا يبرأ بالتسليم في مصر اخر (ويبرأ عند الامام) ان كان فيه سلطان او قاض وكانت غير مقيدة بمصر لامكان احضاره الى مجلس القاضي وفي البحر نقلا عن القنية كفل بنفسه في البلد وسلمه في الرساتيق صح ان كان فيها حاكم وقال العلاء التاجري والبدر الطاهر لا يصح قال وجوابهما احسن لان اغلب قضاة رساتيق خوارزم ظلمة فلا يقدر على محاكمته على وجه العدل انتهى هذا في زمانهم اما في زماننا فاكثر قضاة المصر مثل قضاة رساتيق خوارزم اصلحهم الله تع بلطفه وكرمه (وان سلمه في برية او في السواد) اي في القرية التي ليس لهما حاكم (لا يبرأ) لعدم حصول الحق وهو القدرة على المحاكمة

وكذا لا يبرأ ان سلمه فى السجن (وقد حبسه غير الطالب) قيل هذا اذا كان فى سجن حاكم آخر لعدم امكان
المخاصمة واما اذا كان فى سجن قاض وقع مخاصمته بين يديه فيبرأ عن الكفالة سواء كان مسجونا له
او لغيره لان الحاكم قادر على الاحضار للخصومة ثم يعيده الى السجن (فان كفل رجل بنفسه) اى المديون
بمال كذا (على انه) اى الكفيل (ان لم يواف) اى ان لم يأت الكفيل المكفول له (به) اى المكفول عنه يقال وافاه اى اتاه
من الوفاء عدى المصنف الى المفعول الثانى بالباء على ما هو القياس عند البعض (غدا فهو ضامن لما عليه فلم يوافه)
غدا مع قدرته عليه لزمه اى الكفيل بالنفس (ما عليه) من المال عندنا لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة
اذ الكفالة تشبه النذر ابتداء باعتبار الالتزام اذ لا يقابله شئ وتشبه البيع انتهاء باعتبار الرجوع فيكون بدل المال
بالمال فان علق الكفالة بغير ملائم مثل هبوب الريح لم تصح كالبيع وان بملائم متعارف مثل عدم الموافاة فى وقت
تصح كالنذر مع ان هذا التعليق ليس فى وجوب المال بل فى وجوب المطالبة وقال الشافعى لا تصح لانه ايجاب المال
بالشرط فلا يجوز (وان) وصلية (مات) المكفول به قبل الحضور فيضمن الكفيل المال اذ يثبت بموته عدم الموافاة به
ولو مات الكفيل قبل الحضور يضمن وارثه المال ولو مات المكفول له يطالب وارثه (ولا يبرأ) الكفيل (من كفالة
النفس) بوجود الكفالة بالمال فى هذه المسئلة لانها كانت ثابتة قبلها ولانا فى كالو كفلهما وانما قلنا مع قدرته
عليه لانه اذا عجز لا يلزمه الا اذا عجز بموت المطلق الكافى وغيره فان مات المكفول عنه قبل مضى الغد ثم مضى الغد
ضمن الكفيل المال لان شرط لزوم المال عدم الموافاة وقد وجد انتهى فعلى هذا تقييد صاحب الفتح بقوله
بعد الغد مخالف لما فى الكافى وغيره تتبع وفى التنوير ولو اختلفا فى الموافاة فالقول للطالب والمال لازم على الكفيل
(ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها) اى بين صفتها على وجه تصح الدعوى بانها سلطانية او افرنجية (او لم يبينها
فكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به) اى المكفول به (غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا لزمه المائة) عند الشيخين
لتحقق الشرط لان الكفيل لما عرف المال باللام حيث قال فعليه المائة يحمل على الاصل وهو العهد فينصرف
الى المال الذى على المدعى عليه فيخرج عن احتمال مال الرشوة لان المدعى لم يعين المال المدعى فى غير مجلس القضاء
تحرزا عن حيلة خصمه فان بين قبل الكفالة فحكمه ظ وان بين بعدها يلتحق البيان الى المجمل فصار كما كان المال
مبينا عند الدعوى قبل الكفالة فيتبين صحة الكفالة الاولى ويترتب عليها الاخرى ويكون القول قوله فى البيان
اذا اختلفا فيه لانه يدعى صحة الكفالة (خلافا لمحمد) قيل عدم الجواز عنده بناء على انه اطلق المال ولم يقل المال الذى
على المدعى عليه فعلى هذا لا فرق بين بيان المدعى المال وعدم بيانه وقيل بناء على انه لما لم يبين المدعى لم تصح
الدعوى فلم يستوجب احضاره المدعى عليه الى مجلس القاضى فلم تصح الكفالة بالنفس فلا تجوز الكفالة بالمال
لابتنائها عليها فعلى هذا ان بين تكون الكفالة صحيحة ونقل فى الفتح عن قول ابى يوسف اختلاف فليطالع (ولا يجبر
على اعطاء كفيل (فى حد وقصاص) يعنى لو طلب مدعى القصاص او حد القذف من القاضى ان يأخذ كفيلا
لنفس المدعى عليه حتى يحضر البينة فالقاضى لا يجبره على اعطاء الكفيل كسائر الحدود عند الامام مطلقا لقوله
عليه السلام لا كفالة فى حد من غير فصل ولان مبنى الحدود كلها على الدرء بالشبهة فلا يجبر على استيثاقهما
بالكفالة (فان سمحت به نفسه) اى لو تبرع المدعى عليه باعطاء كفيل بلا طلب فى حد القذف والقصاص (صح)
بالاجماع لان تسليم النفس واجب عليه للطالب فيجوز اعطاء الكفيل بتسليم نفسه له (وقالا يجبر فى القصاص)
لان الغالب فيه حق العبد (وحد القذف) لان فيه حق العبد وان لم يقدر على الاعطاء يأمره بالملازمة معه
لا الحبس وهو المراد بالجبر هنا عندهما والحق البعض حد السرقة بهما بخلاف سائر الحدود لانها خالصة لله
تعالى ومندرئة بالشبهات فلا حاجة الى الجبر على اعطاء الكفيل للاستيثاق فى حقه تعالى بالاتفاق ويجبر
فى دعوى القتل بالخطأ على الاعطاء والجروح به لان موجبها المال وكذا يجبر فى التعزير (فان شهد عليه)
اى على المدعى عليه مستوران اى غير معلوم فسادهما (فى حد او قود حبس وكذا) يحبس (ان شهد عدل واحد)
يعرفه القاضى بالعدالة لان الحبس هنا للتهمة والتهمة تثبت باحدى شطرى الشهادة وهو العدد فى المستور
او العدالة فى الواحد بخلاف الحبس فى الاموال لانه غاية عقوبة فيها فلا يثبت الا بحجة كاملة واذا لم يقدر المدعى
على اقامة البينة بما ادعاه ولا على اثبات التهمة حتى قام القاضى عن مجلس القضاء خلى سبيله (خلافا لهما فى رواية)
اى فى هذه المسئلة عنهما روايتان فى رواية يحبس ولا يكفل كما بيناه وفى رواية يكفل ولا يحبس لعدم ثبوت القذف
او القود بالحجة التامة (وصح الرهن والكفالة بالخراج) اذ الامام وظفه الى وقت معين على ما راه بدلا عن منفعة
حفظ المال فيصير دينا فى الذمة ويجوز فيه الكفالة بالنفس بناء على صحة الكفالة بالخراج هو المال بخلاف الزكوة

لانها ليست من الديون المطالبة لسقوطها بالموت ثم شرع فى الكفالة بالمال فقال (والكفالة بالمال صحيحة) ولو
كان المال (مجهولا اذا كان) ذلك المال (دينا صحيحا) وصحتها بالاجماع وصحت مع جهالة المال لبنائها على التوسع
فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المال بعد ان كان دينا صحيحا والدين الصحيح دين لا يسقط الا بالاداء والابراء
وهو احتراز عن بدل الكتابة وسيأتى وفى الاصلاح والمراد من الابراء ما يعم الحكمى وهو ان يفعل فعلا يلزمه
سقوط الدين فلا يرد النقض بدين المهر لان سقوطها بمطاوعتها لابن زوجها من قبيل الابراء بالمعنى المذكور وفى المنح
ومما يشكل على هذا الاصل الكفالة بالنفقة المفروضة غير المستدانة فانها صحيحة مع ان دين النفقة ليس بصحيح لانها
تسقط بموت احدهما وبطلاق ولم ار من اجاب عن هذا والظ انه اخذ فيه بالاستحسان للحاجة اليه لا بالقياس وقيد
بجهالة المال للاحتراز عن جهالة الاصيل والمكفول له لانها مانعة وتمامه فى البحر فليطالع (بتكفلت) متعلق بقوله
صحيحة (عنه) اى عن فلان (بالف) درهم هذا نظير ما كان معلوما (او بما لك عليه) اى بالذى ثبت لك عليه اى فلان
هذا نظير ما كان مجهولا (او) تكفلت (بما يدركك) اى يلحقك (فى هذا البيع) من ضمان الدرك وهو ضمان الثمن
عند استحقاق المبيع او ضمان المبيع ان لحقه آفة فالمكفول به مجهول لاحتمال استحقاق الكل او البعض فيضمن
الكفيل الكل والبعض وفى السراج فاذا استحق المبيع كان للمشترى ان يخاصم البائع اولا فاذا ثبت عليه استحقاق
المبيع كان له ان يأخذ الثمن من ايهما شاء وليس له ان يخاصم الكفيل اولا فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف ان له
ذلك واجمعوا ان المبيع لو ظهر حرا كان له ان يخاصم ايهما شاء (وكذا) تصح (لو علقها) اى الكفالة (بشرط
ملائم) اى بشرط موافق وهو ان يكون الشرط سببا لوجوبه وعبر عنه بالشرط مجازا (كشرط وجوب الحق
(نحو ما بايعت فلانا) اى ان بعت شيئا من فلان فانى ضامن للثمن لا ما اشتريته فانى ضامن للمبيع لان الكفالة بالمبيع
لا تجوز فاشرطيه كما بعده وهذا من امثلة الكفالة بالمجهول وفى المبسوط ولو قال اذا بعته شيأ فهو على فباعه متاعا
بالف درهم ثم باعه بعد ذلك بالف درهم لزم الكفيل الاول دون الثانى لان حرف اذا لا يقتضى التكرار بخلاف
كلما وما ومثل اذا متى وان ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل ان يبايعه ونهاه عن مبايعته ثم بايعه بعد ذلك
لم يلزمه شئ وانما قال ما بايعت لانه لو قال بايع فلانا على ان ما اصابك من خسران فعلى لم يصح (او ما غصبك)
اى ان غصب منك فلان فعلى هذا من امثلة المجهول ايضا وفى البحر لو قال ان غصب فلان ضيعتك فانا ضامن
لم يجز عند الشيخين وعند محمد يجوز بناء على ان غصب العقار لا يتحقق عندهما خلافا له (او ما ذاب) اى ثبت
او وجب من الذوب (لك عليه) اى على فلان شئ فعلى (او ان استحق المبيع فعلى) جواب الجميع اى ان استحق
المبيع مستحق فعلى الثمن كان استحقاق المبيع شرط وجوب الحق فى ذمته وجاز التعليق به لملائمته الشرط
(وكشرط امكان الاستيفاء نحو ان قدم زيد) فعلى ما عليه (وهو) اى زيد (المكفول عنه) فان قدومه سبب موصل
للاستيفاء منه قيد بكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان اجنبيا كان التعليق به كما فى هبوب الريح وتمامه فى البحر فليطالع
(وكشرط تعذر الاستيفاء نحو ان غاب) زيد المكفول عنه (عن البلد) فعلى ما عليه لان غيبته سبب لتعذر الاستيفاء
فهذه جملة الشروط التى يجوز تعليق الكفالة بها ثم الاصل فيه ان الجهالة فى المال المكفول به لا يمنع صحة الكفالة
وجهالة المكفول له او المكفول عنه تمنع حتى لو قال من غصبك من الناس او بايعك او قتلك فانا كفيل لك عنه
او من غصبته انت او قتلته فانا كفيل له عنك لا يجوز الا اذا كانت الجهالة فى المكفول عنه يسيرة مثل ان يقول
كفلت لك بمالك على احد هذين فح يجوز فالتعيين الى صاحب الحق كما فى التبيين (وان علقها) اى الكفالة (بمجرد
الشرط) اى بالشرط المجرد عن الملائمة (كهبوب الريح ومجئ المطر) بان قال ان هبت الريح او جاء المطر فما على
فلان على (بطل) الشرط (وكذا ان جعل احدهما اجلا) كما اذا قال كفلت بكذا الى هبوب الريح او مجئ المطر
بطل التأجيل (فتصح الكفالة ويجب المال) على الكفيل (حالا) وفى الهداية ولا يصح التعليق بمجرد الشرط
كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة
لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق وفى التبيين هذا سهو فان الحكم فيه
ان التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملائم فصار كما علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ذكره
قاضيخان وغيره واجاب بعض الفضلاء لكن لا يخلو عن التعسف بل اذا تأملت حق التأمل ظهر لك ان السؤال باق
على حاله ولا يندفع اللهم الا ان يقال يمكن الجواب بان قوله الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا قيد لقوله وكذا
اذا جعل واحد منهما اجلا فقط فحاصله لا يصح التعليق بمجرد الشرط ولا تصح الكفالة ايضا وكذا لا يصح
التأجيل اذا جعل واحد منهما اجلا فانه تصح الكفالة ويجب المال حالا لا يقال انه منقوض بقوله لان الكفالة

لما صح تعليقهما بالشرط لانه اراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازا اى باجل متعارف فلا يلزم المحذور و يندفع الاشكال
تدبر (وللطالب مطالبة اى شاء من كفيله واصيله) اى يثبت الخيار فى المطالبة ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب
الكفيل وان شاء طالبهما معالانه موجب الكفالة اذهى تنبئ عن الضم كما مر وذلك يقتضى قيام الذمة الاولى لا البراءة
(الا اذا شرط براءة الاصيل فتكون حوالة كما ان الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة) لان العبرة فى العقود للمعانى
مجازا لا للالفاظ والمبانى (ولو طالب) الطالب (احدهما) كان (له مطالبة الاخر) بخلاف الغصب منه اذا اختار
احد الغاصبين لان اختيار احدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضى به ولا يمكنه التمليك من الاخر بعد
واما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه مالم تو جد منه حقيقة الاستيفاء (فان كفل بماله عليه فبرهن) الطالب (على الف
لزمه) اى لزم الالف الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولا يكون قول الطالب حجة عليه كما لا يكون حجة
على الاصيل لانه مدع (وان لم يبرهن) الطالب (صدق الكفيل فيما اقر به مع يمينه) اى فالقول للكفيل فيما يقر به
مع يمينه على نفى العلم لا على البتات كما فى الايضاح (و) صدق (الاصيل فى اقراره باكثر) مما اقر به الكفيل (على نفسه
خاصة) لا على الكفيل لانه اقرار على الغير وقيد بماله عليه لانه لو كفل بما ذاب اى حصل لك على فلان او بما ثبت
فاقر المطلوب بمال لزم الكفيل اما لو ابى الاصيل اليمين فالزمه القاضى فلم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار
كما فى البحر (فان كفل بلا امره) اى المكفول عنه (لا يرجع) الكفيل (عليه) اى على المكفول عنه (بما ادى عنه)
لانه متبرع باداته بغير رجوع خلافا لمالك (وان) وصلية (اجازها) اى الكفالة (المكفول عنه) بعد العلم لان الكفالة
لزمته ونفذت عليه بغير امره وجب للرجوع فلا تنقلب موجبة له هذا اذا اجاز بعد المجلس اما اذا اجاز فى المجلس
فانها تصير موجبة للرجوع كما فى العمادية (وان كفل بامره رجع) عليه بما ادى عنه لانه قضى دينه بامره معناه
اذا ادى ما ضمن اما اذا ادى خلافه بان كان الدين المكفول به جيدا فادى رديا او بالعكس فان رجوعه بما ضمن
لا بما ادى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب بخلاف المأمور بقضاء الدين فانه يرجع بما ادى وتمامه فى المنح
فليراجع ومعنى الامر ان يشتمل كلامه على لفظة عنى كان يقول اكفل عنى او اضمن عنى لفلان فلو قال اضمن الالف
التى لفلان على لم يرجع عليه عند الاداء لجواز ان يكون القصد ليرجع او لطلب التبرع فلا يلزم المال كما فى البحر
والمتبادر من الامر امر من يصح امره شرعا فلا رجوع على الصبى والعبد المحجورين اذا ادى كفيلهما بالامر لعدم
صحته منهما ولكن يرجع على العبد بعد عتقه فلا رجوع على الصبى مطلقا (ولا يطالبه) اى لا يطالب كفيل اصيلا
بمال (قبل الاداء) الى مكفول له لان الموجب للمطالبة هو التملك ولا يملك قبل الاداء ويملكه بعده فيرجع (فان لوزم) الكفيل
من جهة الطالب (فله) اى للكفيل (ملازمته) اى ملازمة المكفول عنه حتى يخلصه وهو مقيد بما اذا كانت الكفالة
بامره (وان حبس) الكفيل (فله حبسه) اى للكفيل ان يحبس المكفول عنه لان ما لحقه كان لاجله فله ان يعامله
هذا اذا لم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله والا فلا يلازمه ولا يحبسه كما فى السراج (و يبرأ الكفيل باداء
الاصيل) لان براءة الاصيل توجب براءته لانه ليس عليه دين فى الصحيح وانما عليه المطالبة فيستحيل بقاؤها بلا دين كما
ذكره الزيلعى تبعا للهداية وظاهره ان القائل بان الكفيل عليه دين لا يبرأ باداء الاصيل وليس كذلك بل يبرأ
اجماعا لان تعدد الدين عند القائل به حكمى فيسقط باداء واحد كما فى البحر (وان ابرأ الطالب الاصيل) وهو المطلوب
(او اخر الطالب عنه) اى الاصيل بان اجل دينه (برئ الكفيل) فى الصورة الاولى (وتأخر) الدين (عنه) اى عن
الكفيل يعنى يتأخر فى حقه ايضا لانه ليس عليه الا المطالبة وهى تبع للدين فتسقط بسقوطه وتتأخر بتأخيره بخلاف ما
اذا كفل بشرط براءة الاصيل ابتداء حيث يبرأ الاصيل دون الكفيل وفى السراج و يشترط قبول الاصيل البراءة فان
ردها ارتدت وهل يعود الدين على الكفيل فيه قولان وموت الاصيل كقبوله وفى القنية براءة الاصيل انما توجب براءة
الكفيل اذا كانت بالاداء او بالابراء فان كانت بالحلف فلا (وان ابرأ) الطالب (الكفيل او اخر) الدين (عنه) اى
عن الكفيل (لا يبرأ الاصيل ولا يتأخر عنه) اى عن الاصيل اذ الاصل فيه ان الاصول لا تتبع الفروع فى الوصف
والا يلزم عكس الموضوع (فان كفل بالدين الحال مؤجلا الى وقت) اى الى شهر مثلا (يتأجل عن الاصيل ايضا)
لانه لا مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الاجل الى الدين كما فى التبيين (ولو صالح الكفيل) الطالب
(عن الف على مائة برئا) اى الاصيل والكفيل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين على الاصيل فيبرأ عن تسعمائة
فبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن مائة باداء الكفيل (ورجع الكفيل بها) اى بالمائة فقط على الاصيل
(ان كفل بامره) اذ بالاداء يملك ما فى ذمة الاصيل فاستوجب الرجوع بخلاف الابراء لان بالابراء يسقط الدين فلا يملكه
الكفيل فلا يرجع (وان صالح) الكفيل الطالب (عن الالف بجنس آخر) كالثوب وغيره رجع الكفيل على الاصيل

(بالالف) كله لان هذا الصلح يكون مبادلة فيصير الالف بمقابلة الثوب فيملك ما فى ذمة الاصيل فيرجع بكله عليه
وتوضيحه ان الالف فى الاصل فى ذمة الاصيل ثم انتقل عنه وثبت فى ذمة الكفيل حين اخذ الطالب منه فيصح تمليك
الطالب الدين الالف من الكفيل لكونه تمليك الدين ممن عليه الدين وكذا يصح التمليك من الكفيل بالهبة اذا اذن له
بالقبض فصار كانه اخرجه عن الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه فيصير تمليك الدين ممن عليه الدين مع الكفيل
مسلطا على الدين فى الجملة (وان صالح) الكفيل (عن موجب الكفالة) وهو المطالبة على شئ بشرط ابراء الكفيل خاصة
(برئ هو) اى الكفيل فقط (دون الاصيل) لان ابراء الكفيل عن الكفالة يصير فسخا للكفالة لا اسقاطا لاصل الدين
(وان قال الطالب للكفيل بالامر برأت الى من المال رجع الكفيل على اصيله) لان البراءة التى ابتداؤها من المط وانتهاؤها
الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيرجع فصار كاقراره بالقبض منه او الدفع اليه واستفيد منه براءة المطلوب للطالب
لاقراره كالكفيل كما فى المنح (وكذا) رجع الكفيل على اصيله (فى) قول الطالب للكفيل (برأت) دون الى (عند ابى يوسف)
لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء (خلافا لمحمد) لان البراءة تكون بالاداء والابراء فيثبت الادنى
وهو الابراء ولا يرجع الكفيل بالشك (وفى) قول الطالب للكفيل (ابرأتك لا يرجع) الكفيل الى الاصيل لانه ابراء لا ينتهى
الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفاء قيل جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب غائبا (وان كان الطالب
حاضرا يرجع اليه فى البيان فى الكل) لانه هو المجمل حتى فى برأت الى لاحتمال لا نى ابرأتك مجازا وان كان بعيدا
فى الاستعمال كما فى النهاية قيد بقوله برأت لانه لو كتب فى الصك برئ الكفيل من الدراهم التى كفل بها كان
اقرارا بالقبض عندهم جميعا كقوله برأت الى بقضية العرف لان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب
بالبراءة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت بالابراء لا يثبت الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض
عرفا ولا عرف عند الابراء كما فى الفتح (ولا يصح تعليق البراءة عن الكفالة) بالمال (بالشرط) مثل اذا جاء غد فانت
برئ من الكفالة بالمال فجاء غد لا يبرأ عنها اذ شرطه بطل وكفالته جائزة (كسائر البراءات) لان فى الابراء معنى
التمليك والتمليكات لا تقبل التعليق بالشرط لكونه قمارا هذا ظ على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل
وعلى قول غيره ان تمليك المطالبة كتمليك الدين لانها وسيلة اليه وكذا لا يجوز تعليق براءة الاصيل لان معنى التمليك
فيه ظاهر اذ المال واجب عليه بخلاف تعليق البراءة من الكفالة بالنفس اذ ليس فيه معنى التمليك لانه مجرد اسقاط
ويروى انه يصح لانه عليه المطالبة دون الدين فى الصحيح وكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد ابراء الكفيل بالرد
بخلاف الاصيل كما فى الهداية وعن هذا قال (والمختار الصحة) اى صحة تعليق البراءة عن الكفالة قيل المراد
بالشرط الشرط المحض الذى لا منفعة للطالب فيه اصلا كدخول الدار ومجئ الغد لانه غير متعارف اما اذا كان
متعارفا فانه يجوز كما فى تعليق الكفالة لما فى الايضاح الكفيل بالمال و النفس لو قال ان وافيتك غدا فانا برئ
من المال فوافاه غدا يبرأ من المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال وكذا اذا علق البراءة باستيفاء البعض
يجوز او علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض يجوز كما فى مبسوط شيخ الاسلام فعلم ان فيه اختلاف الروايتين
فرواية عدم الجواز محمول على ما اذا كان غير متعارف ورواية الجواز محمول على ما اذا كان متعارفا كما فى البحر
(ولا تجوز الكفالة بما تعذر استيفاؤه) اى لا يمكن استيفاؤه شرعا (من الكفيل كالحدود والقصاص) مطلقا
بالاجماع لعدم امكان ايجابهما على من تكفل لعدم جريان النيابة فى العقوبة بخلاف الكفالة بنفس من عليه الحد
والقصاص كما مر فعلى هذا لا يلزم الاستدراك بما مر كما قيل (ولا تجوز) الكفالة (بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع)
فى المبيع الصحيح بعينه قبل القبض (والمرهون) بعد القبض (ولا) تجوز الكفالة (بالامانات كالوديعة والمستعار
والمستأجر) بفتح الجيم (ومال المضاربة و الشركة) لان من شرط صحة الكفالة ان يكون المكفول به مضمونا
على الاصيل بحيث لا يمكنه ان يخرج عنه الا بدفعه او دفع بدله ليتحقق معنى الضم فيجب على الكفيل و المبيع
قبل القبض ليس بمضمون بنفسه وانما هو مضمون بالثمن الا يرى انه لو هلك لا يجب عليه شئ بل ينفسخ البيع
وكذلك الرهن غير مضمون عليه بنفسه وانما يسقط دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل وهو ليس
بواجب على الاصيل وكذا الامانات ليست بمضمونة على الاصيل لا عينها و تسليمها فلا يمكن جعلها مضمونة
على الكفيل فلا تصح الكفالة بها (ولا) تجوز الكفالة (بدين غير صحيح كبدل الكتابة) لانه فى معرض الزوال
فلا يكون دينا صحيحا (حر كفل به) اى بالدين (او عبد) وانما قال هذا الدفع توهم ان كفالة العبد به ينبغى ان تصح
لانه يجوز ثبوت هذا الدين عليه لان العبد محل الكتابة فخصه (وكذا بدل السعاية عند الامام) لان المستسعى
كالمكاتب عنده فلا تصح الكفالة ببدلها وعندهما تصح لان المستسعى حر مديون عندهما (ولا) تجوز الكفالة

بالحمل على دابة معينة) مستأجرة الحمل (او بخدمة عبدمعين) مستأجر للخدمة لعجز الكفيل عن تسليم الحمل على دابة معينة لانها ملك الغير ولوحمل دابة اخرى لا يستحق الاجر اذ لوحمل الموجر على الدابة الغير المعينة لايستحق الاجرفثبت العجز فى هذه الصورة بالضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف غير المعين لعدم العجز عن تسليم الحمل اذيمكنه الحمل على اى دابة كانت لان المستحق هو الحمل لا الغير والغرض هو الاجر (ولا) تجوز الكفالة (عن ميت مفلس) يعنى اذا مات من عليه دين ولم يترك شيأ فكفل عنه للغرماء رجل لم تصح عند الامام لانه كفل بدين ساقط فى حق احكام الدنيا بالضرورة اذلم يترك مالاولا كفيلا به والكفالة بالساقط لا تجوز وجواز التبرع محمول على ان الدين باق فى حق الداين (خلافا لهما) فان عندهما تجوز الكفالة لان الدين لما كان ثابتا فى حيوته لايسقط الابالاداء اوبالابراء ولم يوجد شئ منهما فبقى عليه وكذا يطالب به فى الاخرة حتى من تبرع بقضائه يجوز لماروى انه عليه السلام اتى بجنازة رجل من الانصار فسأل هل عليه دين قالوا نعم درهمان اودينار فامتنع من الصلوة فقال صلوا على اخيكم فقام ابوقتادة فقال هما على يارسول الله فصلى عليه (ولا) تجوز الكفالة (بلاقبول الطالب فى المجلس) اى فى مجلس عقد الكفالة سواء كفل بالنفس او بالمال عند الطرفين (وقال ابو يوسف تجوز مع غيبته) اى غيبة الطالب (اذا بلغه) خبر الكفالة (فاجاز) كسائر تصرفات الفضولى وفى بعض نسخ المبسوط لم يشترط الاجازة وهو الاظهر عنه لانه تصرف التزام فيستبد به الملتزم ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلايتوقف على ماوراء المجلس الاان يقبل عن الطالب فضولى فانه تصح ويتوقف على اجازته وللكفيل ان يخرج نفسه عنها قبل اجازته كما فى الحقايق وغيره وبه علم ان قبول الطالب بخصوصه انما هو شرط النفاذ واما اصل القبول فى مجلس الايجاب فشرط الصحة فعلى هذا ان المص لوترك قوله الطالب لكان اولى كما فى الاصلاح وفى الدرر الفتوى على قول الثانى كما فى تلخيص الجامع الكبير والبزازية لكن فى انفع الوسائل الفتوى على قولهما وفى تصحيح الشيخ قاسم والمختار قولهما عند المحبوبى والنسفى وغيرهما ولهذا اقدمه المص تدبر وقيد بالانشاء لانه لواخبر عن الكفالة حال غيبة الطالب تجوز اجماعا (فان قال) المريض (لوارثه تكفل عنى بما على فكفل) الوارث (مع غيبة الغرماء جاز اتفاقا) وان كان القياس ان لاتجوز لان الطالب غائب ولايتم الضمان الابقبوله وجه الاستحسان ان ذلك وصية فى الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما تصح بهذا اللفظ ولايشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا فى هذه الحالة (ولوقاله) اى المريض هذا القول (لاجنبى اختلف فيه المشايخ) فمنهم من قال بالجواز تنزيلا للمريض منزلة الطالب ومنهم من قال بعدمه لان الاجنبى غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام وكان المريض والصحيح سواء والاول اوجه كما فى الفتح وتمامه فى البحر فليطالع (وتجوز) الكفالة (بالاعيان المضمونة بنفسها عندنا خلافا للشافعى فى قول فى الاعيان لكن المناسب للمص ان يذكره عقيب قوله ولا تجوز بالاعيان المضمونة بغيرها (كالمقبوض على سوم الشراء) اى على طلبه بعد تسمية الثمن لانه مضمون عليه حتى اذا هلك عنده يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه فامكن ايجابه على الكفيل (والمغصوب) لانه مضمون بعينه فان كان المضمون عينا قائما فيلزم الضامن احضارها وتسليمها وقيمتها ان هلكت وان كان المضمون مستهلكا فالمضمون قيمته (والمبيع) بيعا (فاسدا) لان المقبوض فى البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلك يجب عليه قيمته (و) تجوز الكفالة (بتسليم المبيع الى المشترى والمرهون الى الراهن والمستأجر) بفتح الجيم (الى المستأجر) بكسر الجيم لان تسليم العين واجب على الاصيل فامكن التزامه فصار نظير التكفيل بالنفس لانه مادام قائما يجب عليه تسليمه وان هلك يبرأ وقيل ان كان تسليمه واجبا على الاصيل كالعارية جازت الكفالة بتسليمه وان كان غير واجب على الاصيل كالوديعة ومال المضاربة والشركة لاتجوز الكفالة بتسليمه كما فى التبيين (و) تجوز الكفالة (بالثمن) لانه دين صحيح مضمون على المشترى كسائر الديون ✻) فصل (✻ ولودفع الاصيل المال الى كفيله) ليدفعه الى الطالب (قبل دفع الكفيل الى الطالب لايسترده) اى لايسترد الاصيل المال المدفوع (منه) اى من الكفيل لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلاتجوز المطالبة مابقى هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعى وانما ينقطع هذا الاحتمال باداء الاصيل بنفسه فاذا ادى بنفسه يسترد من الكفيل ما اخذه ولانه ملكه بالقبض واطلاقه شامل ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال خذ هذا المال واعط الطالب فلايسترد لكنه لايملكه بالقبض لتمحضه امانة فى يده وان دفعه على وجه الاقتضاء بان قال له انى لاآمن ان يأخذ الطالب حقه منك فانا اقضيك المال قبل ان تؤديه لم يكن

رسالة والفرق بينهما انما هو من جهة ملك المدفوع للقابض وعدمه واما ما قاله الفاضل المعروف بابن الشيخ فى شرح الوقاية من انه لودفع على وجه الرسالة فله ان يستردلانه محض امانة فى يده مخالف لاكثر المعتبرات كما لايخفى تدبر واشار الى ان بالكفالة صار للكفيل على الاصيل دين لوكفل بامره ولهذا لواخذ الكفيل منه رهنا قبل ان يؤدى عنه جاز ولوابرأه الكفيل اووهبه قبل الاداء عنه صح حتى لوادى عنه لم يرجع فثبت ان له دينا عليه لكن لارجوع له قبل الاداء كما فى البحر (وماربح فيه الكفيل فله) اى للكفيل يعنى ان الربح الذى حصل فى هذا المال بمعاملة الكفيل حلال طيب له (ولايتصدق به) لما ذكرانه حصل على ملكه ولافرق بين ان يكون قضى الدين هو اوقضا الاصيل كما فى البحر وهو مقيد بما اذا قبضه على وجه الاقتضاء واما اذا قبضه على وجه الرسالة فانه لاملك له فلايطيب له الربح على قولهما وعند ابى يوسف يطيب له (ورده) اى رد الربح (الى المطلوب احب ان كان المدفوع شيئا يتعين كالبر) يعنى اذا كانت الكفالة بكر بر فقبضه الكفيل من المكفول عنه وباعه وربح فيه فالربح للكفيل لكن يستحب له ان يرده على المكفول عنه ولايجبر عليه عند الامام فى رواية الجامع الصغير وهذا اذا قضى الاصيل الدين (خلافا لهما) اى قالا هوله ولا يرده وهو رواية عن الامام وعنه انه يتصدق به قيد بما يتعين لان ربح مالايتعين لايستحب رده على المط وهل يطيب للاصيل اذارده الكفيل عليه قال فى الغاية ان كان الاصيل فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه ان يطيب لانه انما يرد عليه على انه حقه (ولوامر الاصيل كفيله ان يتعين عليه) اى يشترى (ثوبا) بطريق العينة بكسر العين (ففعل) الكفيل (فالثوب للكفيل والربح) الذى حصل للبايع يكون (عليه) اى الكفيل لاالامر بيانه ان الاصيل امر الكفيل بان يشترى له ثوبا باكثر من القيمة ليقضى به دينه بطريق العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيأبى عنه ويبيع منه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا نسئة فى نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمى به لمافيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشترى نظرا الى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان المبيع غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالمشترى للمشترى وهو الكفيل والربح اى الزيادة عليه لانه العاقد كما فى الهداية وفى العناية ومن الناس من صور للعينة صورة اخرى وهو ان يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا فى الصورة التى ذكرها صاحب الهداية فيبيع صاحب الثوب الثوب باثنى عشرة من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه العشرة ويدفعه الى المستقرض فيندفع حاجته وانما توسطا بثالث احترازا عن شراء ماباع باقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه اكلة الربوا وقد ذمهم رسول الله عليه السلام بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل واياك والعينة فانها لعينة انتهى لكن هذا مخالف لما فى الخانية حيث قال بعد تصويرها بقوله رجل له على رجل عشرة دراهم فاراد ان يجعلها ثلثة عشر الى اجل قالوا يشترى من المديون شيأ بتلك العشرة فيقبض ثم يبيع من المديون بثلثة عشر الى سنة فيقع التحرز عن الحرام ومثل هذا مروى عن رسول الله عليه السلام ثم قال بعد تعداد الصور الاخر وهذه الحيل هى العينة التى ذكرها محمد قال مشايخ بلخ بيع العينة فى زماننا خير من البيوع التى فى اسواقنا انتهى لكن التحرز اولى (ومن كفل لاخر بما ذاب له على غريمه او بما قضى له به عليه فغاب الغريم فبرهن الطالب على الكفيل بان له على الغريم الفا لايقبل) برهانه على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه فيقضى عليه لان المكفول به مال مقضى اومال يقضى به لاغير لان ذاب بمعنى وجب ولم يجب هنا للطالب على الغائب مال شرعا ولذا لواقر الكفيل لايلزمه المال لان بالاقرار لايثبت الوصف المذكور بل بالقضاء وهو منتف اذلم يتعرض الطالب لقضاء القاضى بالمال فى دعواه ولافى اقامته حتى لوتعرض وقال قدمت المط بعد الكفالة الى الفلان القاضى واقمت عليه بينة بالف وقضى لى عليه بذلك يقضى بالالف على الكفيل وعلى الغائب حتى لواقر الكفيل لزمه الالف فى هذه الصورة (ولو برهن) الطالب (ان له على زيد) الغائب (الفا وهذا كفيله) اى بهذا المال (بامره قضى به عليهما) اى على الكفيل والاصيل ففى المسئلة قيود معتبرة الاول ان الكفالة مقيدة بهذا المال والثانى ان هذا المال المكفول به غير مقيد بانه قضى به على المكفول عنه بعد الكفالة بل هو مال مطلق وبهذا القدر تمتاز هذه المسئلة عن المسئلة السابقة اذ المكفول هنا مقيد بقضاء القاضى والثالث ان هذه الكفالة مقيدة بانها بامر الاصيل اذ الامر يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه واما اذا لم يكن بامره فهى لا تتضمن الاقرار فالقضاء على الكفيل لايتضمن القضاء على الاصيل والى هذا اشار بقوله (ولو بلا امره قضى على الكفيل فقط

لا على الاصيل فليس للكفيل حق الرجوع على الاصيل بخلاف الكفالة بامره فان له حق الرجوع عليه بعد اداء المال خلافا لزفر لانه لما انكر كان زعمه ان هذا الحق غير ثابت بل المدعى ظالم فلا يكون له ان يظلم غيره قلنا الشرع كذبه فبطل زعمه وفيه تنبيه على ان القضاء على الغائب جائز اذا كان الاثبات على الحاضر متضمنا له فكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت اصالة اذ التعدى الى الغائب فى ضمن القضاء بالامر ضرورى وفى الكفاية قال مشايخنا وهذا طريق من اراد اثبات الدين على الغائب ثم قال وكذا كل من ادعى على آخر حقا لا يثبت عليه الا بالقضاء على الغائب كان الحاضر خصما عن الغائب (وضمان الدرك للمشترى عند البيع تسليم) اى تصديق من الكفيل بان المبيع ملك البايع (يبطل من الابطال (دعوى الضامن) على المشترى (المبيع) مفعول دعوى (بعد ذلك) لان هذا الضمان ترغيب للمشترى فى الابتياع والترغيب بمنزلة الاقرار بملك البايع فلا تصح دعوى الملكية لنفسه بعد ذلك للتناقض حتى لا يسمع طلب الشفعة منه ولو فرض صحة دعواه لرجع المشترى عليه بحكم الكفالة فلا يفيد (وكذا) يكون تسليما ولا تصح دعواه بعد هذا (لو كتب شهادته) على البيع (وختم) اى وضع خاتمه على عادة السلف (على صك) متعلق بكتب وختم على سبيل التنازع (كتب فيه) صفة صك (باع ملكه او) باع (بيعا باتا) نافذا اذ البيع على هذا الوجه لا يكون الا فى ملكه فالدعوى لنفسه بعد الاقرار لغيره متناقض فلا تسمع قلنا على عادة السلف لانهم كانوا يختمونه بعد كتابة اسمائهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم لا يختلف وفى الفتح الختم امر كان فى زمانهم وليس هذا فى زماننا قيد بقوله باع ملكه او بيعا باتا لانه لو كتب شهادته فى صك بيع مطلق عن قيد الملكية وكونه نافذا باتا لا يكون تسليما بل تسمع بعده دعوى الملكية اذ ليس فيه ما يدل على اقراره بالملك للبايع لان البيع قد يصدر من غير المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم فانه مقيد بما ذكر كما فى المنح (بخلاف ما لو كتبها) اى شهادته (على اقرار العاقدين) فانه لا يكون تسليما اذ لا يتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار ولو اخبر ان فلانا باع شيئا كان له ان يدعيه (وضمان الوكيل بالبيع الثمن للموكل بط) يعنى اذا باع رجل لرجل ثوبا بامره ثم ضمن الثمن عن المشترى للآمر لا يصح (وكذا ضمان المضارب الثمن لرب المال) بط يعنى اذا باع المضارب مال المضاربة ثم ضمن الثمن لرب المال لا يصح لان الكفالة التزام المطالبة وهى اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه اذ حقوق العقد ترجع اليهما فلا يفيد ضمانهما بخلاف من لا ترجع اليه الحقوق كالوكيل بالتزويج ان ضمن المهر والمأمور ببيع الغنائم من قبل الامام ان ضمن الثمن والرسول بالبيع ان ضمن الثمن لان كل واحد منهما سفير ومعبر فيصح ضمانهم وكذا الوكيل بقبض الثمن اذ ضمن الثمن عن المشترى للموكل يصح (و) كذا (ضمان احد الشريكين حصة شريكه من ثمن ما باعاه صفقة واحدة) بط يعنى لو باع رجلان ثوبا من رجل صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن بطل الضمان لانه لو صح مع الشركة يصير ضامنا لنفسه فلو صح فى نصيب صاحبه لادى الى قسمة الدين قبل قبضه وذا باطل (وصح) ضمان احد الشريكين (لو بصفقتين) لان الصفقة اذا تعددت فالواجب لكل منهما بعقده يكون له خاصة الا يرى ان المشترى لو قبل نصيب احدهما ورد الاخر صح (وضمان الدرك) صحيح لانه ضمان الثمن عند ورود الاستحقاق لانه المفهوم فيما بين الناس فكان المضمون معلوما وهو قادر على الوفاء بما التزم فصح (و) ضمان (الخراج) صحيح لما مر انه دين مطالب من جهة العباد بخلاف الزكوة وفى البحر اطلقه فشمل الخراج الموظف وخراج المقاسمة وخصه بعضهم بالموظف وهو ما يجب فى الذمة ونفى الضمان بخراج المقاسمة لانه لم يكن دينا فى الذمة والرهن كالكفالة بجامع التوثق فيجوز فى كل موضع تجوز الكفالة فيه كما ذكره الزيلعى وهو منقوض بالدرك فان الكفالة به جائزة دون الرهن انتهى لكن التخصيص واجب بقرينة قوله اورهن به فانه لا يصح الرهن بخراج المقاسمة تأمل ولو اكتفى فيما سبق بقوله وصح الرهن والكفالة بالخراج لكان اخصر تدبر (و) ضمان القسمة (صحيح) خبر لكل من ضمان الدرك والخراج والقسمة قيل هى النوائب بعينها او حصة منها فعلى هذا النوائب الآتية مستدركة تدبر وقيل هى النائبة الموظفة الراتبة الديوانية فى كل شهر او سنة والمراد بالنوائب غير راتب بل يلحقه احيانا ويحتمل ان يقع ويحتمل ان لا يقع وقيل المراد بالقسمة اجرة القسام وقال ابو جعفر معناها اذا طلب احد الشريكين القسمة من صاحبه فضمنها انسان صح لانها واجبة عليه وقيل معناها اذا اقتسما ثم منع احدهما قسم الاخر كما فى شرح التسهيل (وكذا ضمان النوائب) وفى الصحاح النائبة المصيبة واحدة نوائب الدهر وفى اصطلاحهم قيل ارادوا بها ما يكون بحق وقيل المراد بها ما ليس بحق وعن هذا قال (سواء كانت بحق ككرى النهر) المشترك (واجرة الحارس) والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى فان الكفالة بها جائزة بالاتفاق لانه كفل بما هو مضمون على الاصيل (او بغير حق كالجبايات) التى فى زماننا تأخذها الظلمة بغير حق

فى جوازها اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا تجوز الكفالة منهم صدر الاسلام البزدوى لانها ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة او الدين وهنا لا مطالبة ولا دين شرعيين فلم يتحقق معناها وقال بعضهم تجوز منهم فخر الاسلام على البزدوى لانها فى المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها فى المطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية ولذا قلنا من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالعدل يوجر وان كان الاخذ بالاخذ ظالما وقلنا من قضى نائبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع وهو الصحيح كمن قضى دين غيره بامره كما فى البحر وفى الاصلاح والفتوى على الصحة فانها كالديون الصحيحة حتى لو اخذت من الاكار فله الرجوع على مالك الارض وهو اختيار المص (وضمان العهدة بط) لاشتباه المراد بها لاطلاقها على الصك القديم وعلى العقد وعلى حقوقه وعلى خيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان فتبطل للجهالة (وكذا ضمان الخلاص) بط عند الامام (خلافا لهما) اى قالا هى صحيحة بناء على تفسيرها بتخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهو ضمان الدرك فى المعنى والامام فسرها بتخليص المبيع لا محالة ولا قدرة عليه لان المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع او رد الثمن جاز لامكان الوفاء به وهو تسليمه ان اجاز المستحق اورده ان لم يجز والخلاف راجع الى التفسير كما فى البحر والخلاف لفظى فقط تدبر (ولو قال الكفيل ضمنته الى شهر وقال الطالب بل) ضمنته (حالا فالقول للكفيل وفى الاقرار) يعنى من قال لاخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هى حالة (فالقول للمقر له) والفرق ان الكفيل لم يقر بالدين فلا دين عليه فى الصحيح بل اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر والطالب يدعى عليه المطالبة فى الحال وهو ينكر فالقول له والمقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه هو تأخير المطالبة الى شهر فلا يقبل قوله بلا بينة وقال الشافعى القول للمقر فى الفصلين وكذا يروى عن ابى يوسف (ولا يؤخذ ضامن الدرك ان استحق المبيع ما لم يقض بثمنه على بايعه) لان المبيع لا ينتقض بمجرد الاستحقاق على ظاهر الرواية ما لم يقض بالثمن على البايع فلا يجب رد الثمن على الاصيل فلا يجب على الكفيل وعن ابى يوسف وهو قول الائمة الثلثة انه يرجع بمجرد القضاء بالاستحقاق وفى التنوير قال لاخر اسلك هذا الطريق فانه آمن وسلك واخذ ماله لم يضمن ولو قال ان كان مخوفا واخذ مالك فانا ضامن ضمن

) باب كفالة الرجلين والعبدين (

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين والاثنين بعد الواحد طبعا فاخر وضعا (دين عليهما) اى على اثنين لاخر بان اشتريا منه ثوبا (وكفل كل) واحد من الاثنين (عن صاحبه) جاز العقد لعدم المانع اذ يكون كل واحد منهما فى النصف اصيلا وفى النصف الاخر كفيلا (فاداه احدهما) اى فادى احدهما من الدين نصفه (لا يرجع به) اى بما ادى (على الاخر) اى على شريكه وان عين عن نصيب صاحبه لان وقوع الاداء عما هو عليه اصالة اولى من وقوعه كفالة اذ الاول دين مع المطالبة والثانى مطالبة فقط ولانه لو وقع فى النصف عن صاحبه كان لصاحبه ان يرجع عليه بان يجعل المؤدى عنه لان المؤدى نائبه واداء نائبه كادائه فيؤدى الى الدور (الا اذا زاد على النصف) فينصرف الى ما عليه كفالة فيرجع على شريكه ان كفل بامره (ولو كفلا) اى الاثنان (بمال عن رجل) بالتعاقب (وكفل كل واحد منهما به) اى بجميع المال (عن صاحبه) يعنى اذا كان على رجل الف درهم مثلا فيكفل عنه اثنان كل منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل منهما عن صاحبه بما لزمه بالكفالة اذ الكفالة بالكفيل جائزة (فاداه) كل منهما (رجع بنصفه على شريكه) قليلا كان المؤدى او كثيرا اذ الكل كفالة فلا رجحان لكل من الكفالتين على الاخرى بالمطالبة ثم يرجعان على الاصيل (او) رجع هو (بكله) اى بكل ما اداه (على الاصيل) ابتداء (لو) كفل (بامره) اذا كفل كل منهما بالجميع فلا يؤدى الى الدور هذا اذا كفل كل منهما عن صاحبه بالجميع واما اذا كفل كل منهما بالنصف ثم كفل كل صاحبه فهى كالمسئلة الاولى فى الصحيح وكذا لو كفلا على الاصيل بالجميع ثم كفل عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع وكفل كل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل صاحبه بالنصف لمغايرة جهة الضمان كما فى الدرر وغيره (ولو ابرأ الطالب احدهما) اى احد الاثنين (فله) اى للطالب (اخذ) الكفيل (الاخر بكله) اى بكل المال لان كلا منهما كفيل بالكل عن الاصيل فيأخذه به (ولو فسخت المفاوضة) اى لو اشترى احد المفاوضين شيئا ثم فسخت المفاوضة بينهما (فلرب الدين اخذ من شاء من شريكيها) اى شريكى المفاوضة (بكل دينه) لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة فلا تبطل بالافتراق قيد بالمفاوضة لان شريك العنان لا يؤاخذ عن شريكه لانها لا تتضمن الكفالة بل الوكالة كما مر فى الشركة (وما اداه احدهما لا يرجع به) اى بما ادى (على الاخر) (ما لم يزد به على النصف) لما بيناه آنفا (واذا كوتب العبدان بعقد واحد) بان قال المولى كاتبتكما على الف وقبلا (وكفل كل) من العبدين (عن صاحبه) صح العقد (ورجع كل منهما على الاخر بنصف ما ادى) والقياس ان لا يصح لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل منهما بانفراده بط وعند الاجتماع اولى فصار كما اذا تعاقبت كتابتهما فانه بط ولهذا قال بعقد وجه الاستحسان ان تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن هنا بان يجعل

كل المال على كل منهما فى حق المولى وحق نفسه وعتق الاخر معلق بادائه لان معنى قوله كاتبتكما بالف ان اديتما
الف درهم فانتما حران فكانه قال لكل منهما ان اديت الالف فانت حر فيكون عتق كل واحد معلقا باداء الالف
ولا يحصل عتقه باداء نصفه اذ الشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله اجزاء فيطالب المولى كلا منهما بجميع المال
بحكم الاصالة لا الكفالة فايهما ادى عتق وعتق الاخر تبعا له كما فى ولد المكاتب فما ادى احدهما رجع على الاخر
لاستوائهما ولو رجع الكل او لم يرجع بشئ انتفى المساواة كما فى الدرر قيد بقوله وكفل لانه لو كاتبهما معا ولم يزد على
ذلك لزم على كل واحد منهما حصته و يعتق باداء حصته فلو زاد على انهما ان اديا عتقا وان عجزا ردا فى الرق ولم يذكر
الكفالة فعندنا لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى المولى خلافا لزفر فانه قال يعتق باداء حصته (وان اعتق
السيد احدهما) اى احد العبدين المكاتبين فيما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل منهما عن صاحبه قبل الاداء (صح) عتقه
لمصادفته ملكه و برئ عن النصف لانه ما رضى بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وما بقى وسيلة فيسقط
و يبقى النصف على الاخر لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتيهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان
واذا جاء العتق استغنى عن الاحتيال فاعتبر مقابلا برقبتيهما فلهذا يتنصف كما فى الهداية (وله) اى للمولى (ان يأخذ
حصة الاخر منه) اى من الاخر (اصالة و) من (المعتق كفالة و يرجع المعتق فقط بما ادى على صاحبه) اى ان اخذ المولى
حصة الاخر من المعتق رجع المعتق بما يؤدى على الاخر لانه مؤدى عنه بامره فان اخذ الاخر لم يرجع على المعتق
بشئ لانه ادى عن نفسه لا يقال اخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهو بط لان كل واحد منهما
كان مطالبا بجميع الالف والباقى بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت كما فى المنح
(ولو كان على عبد مال لا يجب عليه صفة مال) اى على العبد (الا بعد عتقه) وهو دين لم يظهر فى حق مولاه بل فى حقه
يؤخذ بعد عتقه كما لزمه باقرار او استقراض او استهلاك وديعة (فكفل به) اى بذلك المال (رجل كفالة مطلقة)
عن قيد الحلول او التأجيل (لزم الكفيل حالا) لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا ان المطالبة تأخرت
عنه بعسرته اذ هذه الديون لا تتعلق برقبته لعدم ظهورها فى حق المولى فصار كما لو كفل عن غائب او مفلس بخلاف
ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا بل مؤجلا (واذا ادى) الكفيل ما على العبد (لا يرجع على العبد
الا بعد عتقه) ان كان بامره لان الطالب كان يرجع عليه بعد العتق فكذا الكفيل لانه قائم مقامه (ولو ادعى رقبة
عبد فكفل به رجل فمات العبد) المكفول برقبته قبل التسليم الى المدعى (فبرهن المدعى) اى اقام بينة (انه) اى العبد
(له) اى ملكه (ضمن الكفيل قيمته) اى قيمة العبد لانه كفل عن ذى اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعى يدعى
غصب العبد على ذى اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جائزة فيجب على الكفيل رد العين فان هلكت تجب
عليها قيمتها بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذى اليد و بنكوله لان اقرار الاصيل ليس بحجة فى حق الكفيل فلا
يلزمه ما لم يقر به الكفيل بنفسه (ولو كفل سيد عن عبده) بامره (او) كفل (عبد غير مديون) قيد به تصحيحا للكفالة فان
كفالة المديون عن مولاه لا تصح لانها تتضمن ابطال حق الغرماء (عن سيده) بامره (فعتق) العبد (فاى) من السيد
او العبد (ادى) المال المكفول به (لا يرجع على الاخر) لان الكفالة وقعت غير موجبة لان احدهما يستوجب دينا
على الاخر وقال زفر ان كانت الكفالة بالامر يرجع كل منهما على صاحبه لان المانع وهو الرق قد زال قلنا وقعت
غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له بعد ذلك *) كتاب الحوالة (* ذكرها بعد الكفالة لان كلا منهما عقد التزام
ما على الاصيل للتوثق الا ان الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة بخلاف الكفالة فكانت كالمركب مع المفرد
والمفرد مقدم وهى فى اللغة النقل والتحويل وحروفها كيفما تركبت دارت على معنى النقل والزوال وقيل هى اسم
بمعنى الاحالة يقال احلت زيدا بماله على على فلان ولذا قيل للمديون محيل ومحتال وللدائن محال ومحتال ولمن يقبل الحوالة
محال عليه ومحتال عليه وللدين محال به ومحتال به لكن ترك عند الاستعمال محتال فى محيل فرارا عن التباسه المفعول من بابه
وقد فرق البعض بالحاق له الى المفعول وقال محتال له قيل هو لغو لعدم الحاجة الى الصلة وفى اصطلاح الفقهاء
(هى) اى الحوالة (نقل الدين من ذمة الى ذمة) اى من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه واختلف المشايخ فى انها
هل توجب البراءة عن الدين والمطالبة جميعا او عن المطالبة دون الدين والصحيح من المذهب انها توجب البراءة
من الدين كما فى المنح (وتصح الحوالة فى الدين لا فى العين) اما الصحة فبالاجماع و بما روى البخارى ومسلم
عن ابى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله عليه السلام مطل الغنى ظلم واذا اتبع احدكم على ملى فليتبع
اى اذا احيل احدكم على ملى فليحتل والامر بالاتباع دليل الجواز واما اختصاصها بالدين فلان الحوالة نقل
حكمى والدين وصف حكمى يثبت فى الذمة فجاز الدين ان يقبل ذلك النقل اما العين كالثوب فحسى فلا يقبل

النقل الحكمى بل يحتاج الى النقل الحسى فلا بد من ان يكون للمحتال دين على المحيل ولذا قال فى القنية احال
عليه مائة من من الحنطة ولم يكن للمحيل على المحتال عليه شئ ولا للمحتال على المحيل فقبل المحتال عليه ذلك
لا شئ عليه (برضا) متعلق بتصح (المحتال) لان الدين حقه والذمم متفاوتة ولا بد من رضاه لاختلاف الناس
فى الايفاء وهذا بالاجماع (والمحتال عليه) لان الدين يلزمه فلا بد من التزامه والاصح من مذهب الشافعى
ان لا حاجة الى رضاه اذا كان المحال به دين المحيل وهو قول مالك واحمد لان الحق للمحيل فله ان يستوفيه بنفسه
و بغيره قيد برضاهما لانها لا تصح مع اكراه احدهما واراد من الرضى القبول فى مجلس الايجاب لكن فى البزازية
لو احال على غائب فقبل بعد ما علم صحت ولا تصح فى غيبة المحتال الا ان يقبل رجل له الحوالة (وقيل لا بد
من رضى المحيل ايضا) كما لا بد من رضى المحتال والمحتال عليه وفى البحر رضى المحيل ليس بشرط على ما ذكره
محمد فى الزيادات وشرطه القدورى وانما شرطه للرجوع عليه فلا اختلاف فى الروايات وفى العناية وذكره
فى الزيادات ان الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحال عليه تصرف فى حق نفسه والمحيل لا يتضرر
به بل فيه نفعه لان المحال عليه لا يرجع عليه اذ لم يكن بامره قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع
عليه اذا كانت بامره وقيل لعل موضوع ما ذكر فى القدورى ان يكون للمحيل على المحال عليه دين بقدر
ما يقبل الحوالة فانها ح تكون اسقاطا لمطالبة المحيل على المحال عليه فلا تصح الا برضاه والظ ان الحوالة
قد يكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحال عليه والاول احالة وهى فعل اختيارى لا يتصور بدون الارادة
والرضى وهو وجه رواية القدورى والثانى احتيال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحال عليه ورضاه وهو وجه
رواية الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الائمة الثلاثة بناء على ايفاء الحق فله ايفاؤه من حيث شاء
من غير قسر عليه بتعيين بعض الجهات او عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين على رواية الزيادات
ليس على ما ينبغى انتهى (واذا تمت) الحوالة (برئ المحيل من الدين بالقبول) اى بقبول المحتال الحوالة على المحال
عليه وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق بحق ولنا ان الاحكام الشرعية تبنى على وفق المعانى فمعنى
الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل بخلاف الكفالة قوله من الدين رد على من يقول انه يبرأ عن
المطالبة الا الدين وقد تقدم بيانه آنفا ومراده انه يبرأ موقتة ومقتضى ما ذكر من براءة المحيل ان المشترى لو احال
البايع بالثمن على رجل لم يملك حبس المبيع وكذا لو احال المرتهن الراهن لا يحبس الرهن ولو احال الزوج المرأة بصداقها
لم تحبس نفسها بخلاف العكس فى الثلاثة و به صرح فى البحر قال ولكن المنقول فى الزيادة عكسه وقوله بالقبول
متعلق بقوله اذا تمت الحوالة (فلا يأخذ المحتال من تركته) اى من تركة المحيل الدين اذا مات المحيل (لكن يأخذ
كفيلا من الورثة او الغرماء مخافة التوى) اى الهلاك (ولا يرجع عليه) المحتال (الا اذا توى حقه) فيرجع عليه
كما روى انه عليه السلام قال اذا مات المحتال عليه مفلسا عاد الدين ولان براءته مقيدة بسلامة حقه له فيرجع عليه عند
عدم السلامة وقال الشافعى لا يرجع عليه عند التوى باى طريق كان لان الساقط لا يعود وفى البحر ومراده اذا كانت
الحوالة باقية اما اذا فسخت الحوالة فان للمحتال الرجوع بدينه على المحيل ولذا قال فى البدايع ان حكمها
ينتهى بفسخها و بالتوى وقوله و بالتوى مقيد بان لا يكون المحيل هو المحتال عليه ثانيا لما فى الذخيرة رجل احال رجلا
عليه دين على رجل ثم ان المحتال عليه احاله على الذى عليه الاصل برئ المحتال عليه الاول فان توى المال على الذى
عليه الاصل لا يعود على المحتال عليه الاول (وهو يموت المحال عليه مفلسا) بان لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا
(او انكاره) اى انكار المحال عليه (الحوالة وحلفه) اى المحال عليه (ولا بينة) للمحتال والمحيل (عليها) اى على الحوالة
وهذا عند الامام لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منها وهو التوى فى الحقيقة (وعندهما بتفليس القاضى اياه)
اى المحال عليه ايضا لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما كعجزه عن الاستيفاء
بموته مفلسا و بالجحود قيدنا بان لم يترك كفيلا لان وجود الكفيل يمنع موته مفلسا على ما فى الزيادات وفى الخلاصة
لا يمنع وان المحتال لو ابرأ الكفيل بعد موت المحال عليه مفلسا فله ان يرجع بدينه على المحيل وفى البزازية اخذ المحتال
من المحتال عليه بالمال كفيلا ثم مات المحال عليه مفلسا لا يعود الدين الى ذمة المحيل سواء كفل بامره او بغير امره والكفالة
حالة او مؤجلة او كفل حالا ثم اجله المكفول له وان لم يكن به كفيل تبرع رجل او رهن به رهنا ثم مات المحال عليه مفلسا عاد
الدين الى ذمة المحيل ولو كان مسلطا على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحال عليه مفلسا بطلت الحوالة ولا الثمن
لصاحب الرهن ولو اختلفا فى كونه مفلسا فالقول للمحتال مع يمينه (على العلم) وتصح الحوالة (بالدراهم المودعة) يعنى
اذا اودع رجل رجلا الف درهم واحال بها عليه اخر صح لانه اقدر على التسليم فكانت اولى بالجواز (و يبرأ المحال عليه

عن الحوالة (بهلاكها) كالزكوة المقيدة بالنصاب لان المحتال التزم الاداء من هذه الدراهم وهى قد هلكت امانة
وايضا يبرأ المودع عن الحوالة اذا استحقت الدراهم المودعة فيعود الدين على ذمة المحيل (وبالمغصوبة) اى
تصح الحوالة بالدراهم التى غصبها المحال عليه من المحيل (ولا يبرأ بهلاكها) اى لا يبرأ الغاصب بهلاك المغصوبة
لانه لا يبطل الحوالة لانه فات الى خلف وهو الضمان والخلف يقوم مقام الاصل وكان المغصوب قائما معنى فلا يبطل
واما اذا استحق المغصوب بطلت الحوالة لان المغصوب وصل الى مالكه فهو يوجب براءة الغاصب عن الضمان (واذا
قيدت الحوالة بالدين او الوديعة او الغصب) لا يطالب المحيل (المحتال عليه) اى لا يطلب المحيل من المحتال عليه ما عنده
او عليه من الدراهم المودعة او المغصوبة او الدين لان هذه الحوالة المقيدة تتضمن توكيل المحتال بقبض ما على المحتال
عليه او ما عنده ويتضمن تسليم المحتال عليه ما عنده او عليه بامر المحيل فلا يطلب المحيل ذلك من المحتال لتعلق حق
المحتال كالراهن لا يملك مطالبته لتعلق حق المرتهن حتى يضمن المحتال عليه للمحتال ان دفع الى المحيل (مع ان
المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته) اى بعد موت المحيل يعنى ان هذه الاموال اذا تعلق بها حق المحتال
كان ينبغى ان لا يكون المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته كما فى الرهن مع انه اسوة لهم لان العين الذى بيد المحتال
عليه للمحيل والدين الذى له عليه لم يصر مملوكا للمحتال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظ ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت
للتمليك بل لنقله فيكون بين الغرماء واما المرتهن فيملك المرهون يدا وحسا فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون
شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه وقال زفر المحتال احق به من الغرماء لان الدين صار له بالحوالة
كالمرتهن بالرهن بعد موت الراهن (وان لم تقيد) الحوالة (بشئ) من المذكورات (فله) اى للمحيل (المطالبة)
من المحتال عليه بالعين او الدين ويقدر المحتال عليه ان يدفعها الى المحيل اذ لا تعلق لحق المحال بما عنده او عليه
بل حقه فى ذمة المحتال عليه وفى ذمته سعة فغاية ما يجب على المحتال عليه اداء دين المحتال من مال نفسه (ولا تبطل
الحوالة) سواء كانت مقيدة او مطلقة (باخذه) اى المحيل (على المحال عليه) من الدين (او عنده) من الوديعة
او الغصب اما فى المطلقة فانها لم تتعلق بهذه الاشياء لعدم الاضافة اليها واما فى المقيدة فلان المحتال عليه قد دفع
ما تعلق به حق المحتال الى من ليس له حق الاخذ فيضمنه للمحتال ويرجع الى المحيل بما دفع اليه فلا تبطل الحوالة
(واذا طالب المحال عليه المحيل بمثل ما احال به فقال احلت بدين لى عليك لا يقبل بلا حجة) اى لا يسمع قول المحيل
للمحتال عليه احلت بدين لى عليك حين طلب المحتال عليه من المحيل مثل ما احاله الا ببينة اذ المحتال عليه انكر الدين
لان اقراره بالحوالة وقبوله لا يكون اقرارا ولا دليلا على ان عليه له دينا اذ الحوالة تجوز بدون الدين على المحتال عليه
بل يسمع طلب المحتال عليه لوجود سببه هو اداء الدين بامره (ولو طلب المحيل المحتال بما احال فقال احلتنى بدين لى
عليك لا يقبل بلا حجة) اى لا يسمع قول المحتال للمحيل احلتنى بدين لى عليك حين طلب المحيل من المحتال ما قبضه
الا ببينة لان المحيل انكر الدين اذ اقراره بالحوالة واقدامه عليها لا يكون اقرارا بالدين لان الحوالة تستعمل فى الوكالة
بمعنى نقل التصرف بل يسمع طلب المحيل كطلب الموكل من الوكيل ما قبضه وفى التنوير ادى المال فى الحوالة الفاسدة
فهو بالخيار ان شاء رجع على القابض وهو المحتال وان شاء رجع على المحيل ولا يصح تأجيل عقدها (وتكره السفتجة)

بضم السين والتاء عند سيبويه وبفتح التاء عند الاخفش تعريب سفته ومعناها المحكم (وهى الاقراض) اى ان يقرض
الى تاجر مثلا قرضا ليدفعه الى صديقه فى بلد آخر (لسقوط خطر الطريق) وانما كرهت لورود النهى عن قرض
جر نفعا وانما ذكرت المسئلة فى هذه الباب لان هذا الاقراض فى معنى حوالة الصديق على المستقرض اولانه
حوالة خطر الطريق اليه اولان المقرض يحيله بالاداء الى الصديق *) كتاب القضاء (* لما كان اكثر المنازعات

كتاب القضاء

يقع فى البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضى اضاف الكتاب الى القضاء دون الادب نظرا الى
ان بيان القضاء مق وبيان الادب متبوع والقضاء فى اللغة له معان يكون بمعنى الاتقان والاحكام ففى المصباح
انه مصدر قضيت بين الخصمين وعليهما حكمت والجمع الاقضية وقضى اى حكم ومنه قوله تعالى وقضى ربك
الا تعبدوا الا اياه وبمعنى انواع وبمعنى الاداء والانتهاء ومنه قوله تعالى وقضينا الى بنى اسرائيل فى الكتاب وقضينا
اليه ذلك الامر اى انهيناه اليه وابلغناه ذلك وبمعنى الصنع والتقدير ومنه قوله تعالى فقضاهن سبع سموات فى يومين ومنه
القضاء والقدر ويقال استقضى فلان اى صيره قاضيا وفى الشرع هو قطع الخصومة او قول ملزم صدر
عن ولاية عامة وفيه معانى اللغة جميعا فكانه الزمه بالحكم واخبره به وفرغ عن الحكم بينهما وقدر ما عليه وماله
واقام قضاه مقام صلحهما وتراضيهما لان كل واحد منهما قاطع للخصومة وهو مشروع بالكتاب والسنة
والاجماع ومحاسنه لا تخفى على احد ولولا ذلك لفسد العباد وخرب البلاد وانتشر الظلم والفساد والحاكم نائب الله تعالى

فى ارضه

فى ارضه فى انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق والامر بالمعروف والنهى عن المنكر
وبه امر كل نبى قال الله تعالى انا انزلنا التورية فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال الله تع وان احكم بينهم بما انزل الله
ولا تتبع اهوائهم ولاجله بعث الرسل والانبياء وكان عليه الخلفاء والعلماء ولهذا قال (القضاء بالحق من اقوى
الفرائض وافضل العبادات) بعد الايمان بالله تع ثم هو على خمسة اوجه واجب وهو ان يتعين له ولا يوجد من يصلح له
غيره لانه اذا لم يفعل ادى الى تضييع الحكم فيكون قبوله امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر وانصاف المظلوم من الظالم
ومستحب وهو ان يوجد من يصلح له غيره لكن هو اصلح واقوم به ومخير فيه وهو ان يستوى هو وغيره
فى الصلاحية والقيام به ومكروه وهو ان يكون صالحا للقضاء لكن غيره اصلح واقوم به وحرام وهو ان يعلم
من نفسه العجز عنه وعدم الانصاف فيه فى باطنه من اتباع الهوى بما لا يعرفه ثم اعلم ان رزقه وكفايته
وكفاية اهله واعوانه ومن يمونهم يكون من بيت المال لانه محبوس لحق العامة فلولا الكفاية ربما يطمع
فى اموال الناس وان عمر رضى الله تعالى عنه اعطى شريحا كل شهر مائة درهم واعطاه على رضى الله عنه كل
شهر خمسمائة درهم (واهله) اى القضاء (من هو اهل للشهادة) لان كلا منهما من باب الولاية لانه تنفيذ القول
على الغير ولان كلا منهما الزام اذ الشهادة ملزمة على القاضى والقضاء ملزم على الخصم (وشرط اهليته) اى القضاء
(شرط اهليتها) اى الشهادة من العقل والبلوغ والاسلام والحرية وغيرها مما سنذكر فى كتاب الشهادة ان شاء الله تعالى
(والفاسق اهل له) اى للقضاء (ويصح تقليده) اى تقليد الفاسق اى المسلم الذى اقدم على كبيرة او اصر على صغيرة
وفيه اشعار بان قضاء المستور صحيح بلا قبح كما فى القهستانى وبان العدالة شرط الاولوية وهذا ظاهر الرواية
وفى النوادر عن اصحابنا انه لا يجوز قضاؤه كما فى الاختيار وهو قول الائمة الثلاثة (ويجب ان لا يقلد) الفاسق القضاء
اذ لا يؤتمن عليه لقلة مبالاته بواسطة فسقه حتى لو قلد كان المقلد آثما (كما يصح قبول شهادته) اى شهادة
الفاسق حتى لو قبل القاضى وحكم بها كان آثما لكنه ينفذ وفى الدرر هذا اذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ
ويجب ان لا تقبل شهادته) وفى الشمنى اجتماع هذه الشرائط من الاجتهاد والعدالة وغيرهما متعذر فى عصرنا لخلو
العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا قال قاضيخان
ويصح تعليق تقليد القضاء والامارة بالشرط وكذا الاضافة الى وقت فى المستقبل وتعليق عزل القاضى بالشرط صحيح
كتعليق الوكالة ولو كان فى المصر قاضيان كل على محلة على حدة فالعبرة للمدعى عند ابى يوسف وللمدعى عليه
عند محمد وهو الصحيح (ولو فسق) القاضى (العدل) باخذ الرشوة وغيرها من الزنا او شرب الخمر (يستحق العزل)
اى يجب على السلطان عزله كما فى البزازية وفى المعراج يحسن عزله لوجود سبب الاستحقاق (ولا ينعزل
فى ظاهر المذهب وعليه مشايخنا) وهو الصحيح وعليه الفتوى كما فى الواقعات وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق
ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق وهو قول الائمة الثلاثة وفى الاصلاح وعليه الفتوى لكن فى البحر
وهو غريب ولم اره والمذهب خلافه وتمامه فيه فليطالع وفى البزازية لو شرط فى التقليد انه متى فسق ينعزل
انعزل وفى نوادر ابن هشام قال محمد لو فسق القاضى ثم تاب فهو على قضائه كما اذا عمى ثم ابصر وكذا اذا ارتد
والعياذ بالله تعالى ثم اسلم قيد بالقضاء لان الفسق لا يمنع الامامة بلا خلاف ولا ينعزل بالفسق وفى البحر الوالى اذا فسق
فهو بمنزلة القاضى يستحق العزل ولا ينعزل ولو حكم الوالى بنفسه لم يصح لانه لم يفوض اليه (ولو اخذ القضاء
بالرشوة لا يصير قاضيا) اى بمال دفعه لتوليته لم تصح توليته وهو الصحيح ولو قضى لم ينفذ وبه يفتى اذ الامام لو قلد
برشوة اخذها هو او قومه وهو عالم به لم يجز تقليده كقضائه برشوة كما فى البحر وغيره ولم ار حكم ما لو اخذ قومه وهو غير
عالم به هل يجوز تقليده ام لا وينبغى ان يجوز تقليده لان مفهوم قوله وهو عالم به يقتضى جوازه اذا لم يعلم كما لو ارتشى وكيل
القاضى او نائبه او كاتبه او بعض اعوانه فان بامره ورضاه فهو كما لو ارتشى بنفسه وان بغير علمه ينفذ قضاؤه وعلى المرتشى
رد ما قبض تتبع قيده بالتولية لانه لو اخذ القاضى الرشوة وقضى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى بالاجماع وحكى فى الفصول فيه
اختلافا فقيل لا ينفذ فيما ارتشى وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الائمة وقيل لا ينفذ فيهما وقيل ينفذ فيهما وفى البحر
قضى ثم ارتشى او ارتشى ثم قضى او ارتشى ولده لا لانه لما اخذ المال او ابنه يكون عاملا لنفسه او ابنه وان كتب اليه ليسمع
الخصومة واخذ اجرة مثل الكتابة ينفذ لانه ليس برشوة لما فى فتاوى النسفى يحل للقاضى اخذ الاجرة على كتبه السجلات
والمحاضر وعندهما لكل الف درهم خمسة دراهم وان كان اقل من الالف لكن لحقه من المشقة مثل ذلك ففيه خمسة
ايضا وفى الخزانة وما قيل فى الف من الثمن خمسة لا نقول به ولا يليق ذلك بفقه اصحابنا واى مشقة للكاتب فى اخذ الثمن
وانما اجرة مثله بقدر مشقته وبقدر تعمله فى صنعته ايضا كما يستأجر الحكاك والنقاب باجر كثير فى مشقة قليلة واجرة

كتبه القبالة على رب الدين واعلم ان مادفع اما للتودد وهو حلال من الجانبين واما الصبر و رته قاضيا وهو حرام منهما واما الخوف على نفسه اوماله وهو حرام على الآخذ حلال للدافع وكذا اذا طمع فى ماله فرشاه ببعض المال واما ليسوى امره عند الوالى فان كان ذلك الامر حراما فحرام على الجانبين وان حلالا فحرام على الآخذان اشترط وحلال للدافع الا ان يستأجره مدة معلومة بما يدفع اليه فانه حلال وان لم يشترط وطلب منه ان يسوى امره واعطاه بعد مايسوى اختلفوا فيه قال بعضهم لايحل له الاخذ وقال بعضهم يحل هو الصحيح لانه براه بمجازاة الاحسان فيحل كما فى البحر والرشوة لاتملك ولذا يلزم الاسترداد (والفاسق يصلح مفتيا) لانه يجتهد حذار النسبة الى الخطأ (وقيل لا) يصلح لانه من امور الدين وخبره غير مقبول فى الديانات ورجحه صاحب البحر فقال وظاهر مافى التحرير انه لايحل استفتاؤه اتفاقا فانه قال الاتفاق على حل استفتاء من عرف من اهل العلم بالاجتهاد والعدالة اوراءه منتصبا والناس يستفتونه معظمين وعلى امتناعه ان ظن عدم احدهما فان جهل اجتهاده دون عدالته فالمختار منع استفتائه بخلاف المجهول من غيره اذ الاتفاق على المنع وتمامه فيه فليطالع ويكتفى بالاشارة من المفتى لا من القاضى اذ لابد للقضاء من صيغة مخصوصة كحكمت والزمت اوصح عندى اوثبت اوظهر عندى اوعلمت على الصحيح (ولاينبغى ان يكون القاضى فظا) من الفظاظة وهى خشونة القول (غليظا) اى شديدا فى الكلام متفاحشا (جبارا) اى متكبرا مقبلا بغضب (عنيدا) اى مخالفا للحق لان القضاء دفع الفساد وهذه الاشياء بعينها فساد (وينبغى ان يكون) القاضى (موثوقا به) اى معتمدا عليه (فى دينه) بالاحتراز عن الحرام (وعفافه) لانه ملاك الدين (وعقله) لانه مدار التكليف (وصلاحه) لان فى ضده الفساد (وفهمه) ليفهم الفساد والخصوم (وعلمه بالسنة) والمراد بالسنة ماثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا وتقريرا عند امر يعاينه (والآثار) وهى مايروى عن الاصحاب رضى الله عنهم (ووجوه الفقه) اى طرقه وقال مسكين ان الفقه عند عامة العلماء اسم لعلم خاص فى الدين لا لكل علم وهو علم بالمعانى التى تعلقت بها الاحكام من كتاب وسنة واجماع ومقتضياتها واشاراتها وينبغى ان يكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف لان القضاء من اهم امور المسلمين فكل من كان اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على مايصيبه من الناس كان اولى وينبغى للسلطان ان يتفحص فى ذلك ويولى من هو اولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفى رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين وفى الاشباه فقد ظلم مرتين باعطاء غير المستحق ومنع المستحق لكن فى زماننا توجيه القضاء الى المستحق غير ممكن لقلته اولمانع يمنع حتى ابتليت بان اولى القضاء من قبل من له الامر فلم اقدر ان اولى الاحق والاولى تجاوز الله عنى وعن سائر المؤمنين بحرمة سيد المرسلين صلوات الله على نبينا وعليهم اجمعين (وكذا المفتى) يعنى ينبغى ان يكون موصوفا بالصفات المذكورة (والاجتهاد شرط الاولوية) فى القاضى والمفتى لا الجواز هو الصحيح تيسيرا وتسهيلا خلافا للائمة الثلاثة وفى الفتح واعلم ان ماذكر فى القاضى ذكر فى المفتى ولايفتى الا المجتهد وقد استقر رأى الاصوليين على ان المفتى هو المجتهد واختلفوا فى المجتهد فقيل ان يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمها علم مايتعلق بها الاحكام منها من العام والخاص والمشترك والمأول والنص والناسخ والمنسوخ ومعرفة الاجماع والقياس ولايشترط حفظه لجميع القرآن ولالبعضه عن ظهر القلب بل ان يعرف مظان احكامها فى ابوابها فيراجعها وقت الحاجة ولايشترط التبحر فى هذه العلوم ولابد له من معرفة لسان العرب لغة واعرابا والاعتقاد فيكفيه اعتقاد جازم ولايشترط معرفتها على طريق المتكلمين وادلتهم لانها صناعة لهم ويدخل فى السنة اقوال الصحابة فلابد من معرفتها لانه قد يقيس مع وجود قول الصحابى ولابد له من معرفة عرف الناس وهو معنى قولهم لابد ان يكون صاحب قريحة فاما غير المجتهد ممن يحفظ اقوال المجتهد فليس بمفت والواجب عنه ان يذكر قول المجتهد كابى ح على جهة الحكاية فعرف ان مايكون فى زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتى ليأخذ به المستفتى وطريق نقله لذلك عن المجتهد احد الامرين اما ان يكون له سند فيه او يأخذه من كتاب معروف تداولته الايدى نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر او المشهور وتمامه فى البحر فليطالع وفى الخانية ان اختلاف ائمة الهدى توسعة على الناس فاذا كان الامام فى جانب وهما فى جانب خير المفتى وان كان احدهما مع الامام اخذ بقولهما الا اذا اصطلح المشايخ على قول الاخر فيتبعهم كما اختار الفقيه ابو الليث قول زفر فى مسائل وصحح فى السراج ان المفتى يفتى بقول الامام على الاطلاق ثم بقول ابى يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد ولايخير اذا لم يكن مجتهدا واذا اختلف مفتيان يتبع قول الافقه وفى المنح وان خالف اباحنيفة صاحباه فان كان اختلافهم اختلاف عصر وزمان كالقضاء بظاهر العدالة يأخذ بقول صاحبيه لتغير احوال الناس وفى المزارعة

والمعاملة ونحوهما يختار قولهما ويجوز للشاب الفتوى اذا كان حافظا للروايات واقفا على الدرايات محافظا على الطاعات مجانبا للشهوات والعالم كبير وان كان صغيرا والجاهل صغير وان كان كبيرا (فيصح تقليد الجاهل) عندنا لان المقصود من القضاء ايصال الحق الى مستحقه وذلك يحصل بالعمل بفتوى غيره (ويختار المقلد الاقدر والاولى) لانه خليفة رسول الله عليه السلام فى القضاء وفى الاصلاح وعند الشافعى لايصح تقليد الفاسق والجاهل وماقاله كان احوط فى زمانه وفى زماننا الاحتياط فيما قلنا لان فى اشتراط العلم والعدالة سد باب القضاء انتهى (وكره التقلد لمن خاف الحيف والعجز عن القيام به) اى كره قبول تقليد القضاء لخوف الجور وعدم اقامة العدل لعجزه فعلى هذا لو قال لمن خاف الحيف او العجز لكان اولى لان احدهما يكفى كما فى البحر (ولابأس به) اى بالتقلد (لمن يثق من نفسه باداء فرضه) لان كبار الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم اجمعين تقلدوه وكفى بهم قدوة وقيل لايجوز الدخول مطلقا بلا اجبار لقوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء فكانما ذبح بغير سكين وقد روى ان الامام دعى للقضاء ثلاث مرات فابى حتى حبس وجلد فى كل مرة ثلثون سوطا حتى قال له ابو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه شبه المغضب فقال لو امرت ان اقطع البحر سباحة لكنت اقدر عليه فقال ابو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال الامام كانى بك قاضيا وذكر البزازى فى مناقبه اقوالا حاصله ان الامام لم يقبل القضاء ومات على الاباء وانه رحمه الله تعالى احس بموته وسجد فخرجت روحه ساجدا سنة خمسين ومائة روح الله روحه وزاد فى اعلى غرف الجنان فتوحه ومن غريب ماوقع انه جئ بجنازته فازدحم الناس فلم يقدروا على دفنه الا بعد العصر واستمر الناس يصلون على قبره الشريف عشرون وحرر من صلى عليه خمسون الفا وفى الهداية والكافى والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا فى اقامة العدل بحديث عدل ساعة خير من عبادة سنة والترك عزيمة لانه مأمور بالقضاء بالحق وربما يظن فى الابتداء انه يقضى بالحق ثم لايقدر عليه فى الانتهاء ولانه لايمكنه القضاء بالحق الا باعانة غيره ولعل غيره لايعينه (ومن تعين له) اى للقضاء او تعين القضاء له (فرض عليه) صيانة لحقوق العباد ودفعا لظلم الظالمين وفى البحر انه فرض عين ان تعين وفرض كفاية عند وجود غيره يعنى ان كان فى البلد قوم صالحون له فامتنعوا فيه اثموا كلهم ان لم يقدر السلطان فصل القضايا (ولايطلب القضاء ولايسأله) اى من صلح للقضاء ينبغى ان لا يطلب بقلبه ولايسأله بلسانه لما روى انه عليه السلام قال من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده اى يلهمه الرشد ويوفقه للصواب وكذا لايسأل الامارة (ويجوز تقلده من السلطان الجائر) اى الظالم لان علماء السلف تقلدوا القضاء من الحجاج مع انه اظلم زمانه (ومن اهل البغى) وهم الذين خرجوا عن طاعة الامام لان الصحابة تقلدوه من معاوية فى نوبة على رضى الله عنه وكان الحق بيد على وقد قال على رضى الله عنه اخواننا بغوا علينا قال ابو الليث المتغلب اذا ولى رجلا قضاء بلدة وقضى ذلك القاضى فى مختلف فيه ثم رفع الى قاض آخر فان وافق رأيه امضاه وان خالف ابطله وهى بمنزلة حكم المحكم وفى العمادية التقلد من اهل البغى يصح وبمجرد استيلاء الباغى لاينعزل قضاء العدل ويصح عزل الباغى لهم حتى لو انهزم الباغى بعد ذلك لاينفذ قضاياهم بعد ذلك مالم يقلدهم سلطان العدل ثانيا لان الباغى صار سلطانا بالقهر والغلبة (الا اذا كان لايمكنه من القضاء بالحق) استثناء من قوله الجائر واهل البغى اى يجوز تقلده الا اذا لم يمكنه الجائر واهل البغى من القضاء بالحق فح لايجوز لان المقصود لايحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه (واذا تقلد احد القضاء بعد عزل الاخر يسئل ديوان قاض قبله وهو الخرائط التى فيه السجلات والمحاضر وغيرها) من الصكوك وكتاب نصب الاولياء وتقدير النفقات لان الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل فى يد من له ولاية القضاء يكتب القاضى نسختين احدهما فى يد الخصم والاخرى فى ديوان القاضى اذ ربما يحتاج اليها لمعنى من المعانى ومافى يد الخصم لايؤمن عليه من الزيادة والنقصان فان كان الورق من بيت المال فلا اشكال فى وضعه فى يد القاضى الجديد وكذا من مال الخصوم او من مال القاضى فى الصحيح لانه اتخذت تدينا لاتمولا (ويبعث) القاضى الجديد (امينين) من ثقاته وهو احوط والواحد يكفى (يقبضانها) اى الخرائط (بحضرة المعزول اوامينه ويسألانه) اى المعزول (شيأ فشيأ) للكشف لا للالزام على الغير (ويجعلان كل نوع فى خريطة على حدة) فما كان فيهما من نسخ السجلات يجمعان فى خريطة وما كان من نصب الاوصياء يجمعان فى خريطة وما كان من نسخ الاوقاف يجمعان فى خريطة وما كان من الصكوك يجمعان فى خريطة ليكون اسهل للتناول (وينظر) القاضى الجديد (فى حال المحبوسين) لانه نصب ناظرا للمسلمين والمراد المحبوس فى سجن القاضى فيبعث القاضى ثقة يحصيهم فى السجن ويكتب اسمائهم واخبارهم وسبب حبسهم ومن حبسهم (فمن اقر بحق اوقامت عليه به) اى بالحق (بينة الزمه) لان كلا منهما حجة ملزمة وليس المراد بالزمه الحكم عليه وانما المراد الزمه الحبس اى ادام حبسه

وتمامه فى البحر فليطالع (ولا يعمل بقول المعزول) فلو قال حبسته بحق عليه لا يقبل قوله وكذا لو قال كنت حكمت عليه لفلان بكذا وعلله فى الدرر بانه صار كواحد من الرعايا وشهادة الواحد ليست بحجة خصوصا اذا كانت بفعل نفسه (والاينادى عليه) اياما فان حضر احد وادعى وهو على انكاره ابتدأ الحكم بينهما والاتانى فى ذلك اياما على حسب مايرى القاضى (ثم يخلى سبيله) اى ان لم يحضر احد بعد النداء (لكن بعدما استظهر فى امره) وفى الاختيار وان لم يحضر لايخليه حتى يستظهر فى امره فيأخذ منه كفيلا بنفسه على الصحيح اتفاقا فان قال لاكفيل لى فينادى شهرا فان لم يحضر احد اطلقه (ويعمل) اى يعمل القاضى الجديد (فى الودايع وغلات الوقف) التى وضعها المعزول فى ايدى الامناء (بالبينة او باقرار ذى اليد) لان اقرار غيره غير مقبول قيد بغلات الوقف لانه لايعمل باقرار ذى اليد فى اصل الوقف اذا جحده الوارث ولا بينة ولو قال المعزول ان هذا وقف فلان بن فلان سلمته الى هذا واقر ذو اليد وكذبه الوارث لم يقبل قول القاضى وذى اليدان لم يقم عليه البينة كما فى البحر (لابقول المعزول الا اذا اقر ذو اليد بالتسليم منه) اى من المعزول اذ باقراره ثبت ان اليد كان للمعزول سابقا فصح اقرار المعزول كانه فى يده حالا لان من كان بيده حقيقة يقبل اقراره فكذا اذا كان فى يد مودعه لان يده كيد المودع الا اذا بدأ صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضى اليه والقاضى يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضى بالاقرار وجعل صاحب الغاية وغيره هذه المسئلة على خمسة اوجه فليراجع (ويجلس) القاضى (للحكم جلوسا ظاهرا فى مسجد) بهيئة يعلم الناس انه جلس لفصل الخصومات لا للعبادة اخرى لان النبى عليه السلام جلس فيه للحكم وقال انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم فسوى بينهما فكان القضاء عبادة فلا منع لحضور المشرك فيه لان نجاسته فى اعتقاده لافى ظاهره والحائض تمنع عن الدخول لكن تقطع خصومتها فى باب المسجد (والجامع اولى) من المسجد لانه غير خفى على الغرباء وغيرهم هذا اذا كان الجامع وسط البلد والا فيختار الوسط منهما وقال الشافعى يكره الجلوس للقضاء فى المسجد لانه يحضره المشرك وهو نجس (ولو جلس فى داره واذن) للناس (فى الدخول) فيها اذنا عاما ولا يمنع احدا لان لكل احد حقا فى مجلسه (فلا بأس به) لان الحكم عبادة فلا يختص بمكان لكن الاولى ان تكون الدار فى وسط البلد ويجلس معه من كان معه فى المجلس ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة وتبعد عنه الاعوان لانه اهيب ولا يحكم وهو ماش اوقائم او مشغول بشئ آخر ويجوز ان يحكم وهو متكئ ولكن القضاء مستوى الجلوس افضل تعظيما لامر القضاء ويستحب ان يقعد معه اهل العلم ان لم يكن عالما باحوال القضاء لكن لايشاوره عند الخصوم بل يخرجهم او يبعدهم ثم يشاوره وينبغى للقاضى ان يعتذر للمقضى عليه ويبين له وجه قضائه ليكون ذلك ادفع لشكايته للناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو برئ وينبغى للقاضى انه اذا اختصم اليه اخوان او بنو الاعمام ان لايعجل بالقضاء عليهم فيدافعهم قليلا كى يصطلحوا لان القضاء ولو بحق ربما يكون سببا للعداوة وفى البزازية قضى القاضى بحق ثم امره ان يستأنف القضية ثانيا بمحضر من العلماء لايفرض ذلك على القاضى (ولا يقبل) القاضى (هدية) ولو قليلة لان قبولها يؤدى الى مراعات المهدى فان كان المهدى يتأذى بالرد يقبلها ويعطيه مثل قيمتها كما فى الخلاصة (الا) انه له ان لايردها (من قريبه) وهو ذو الرحم المحرم لان فى ردها عليهم قطيعة رحم وهى حرام (او من جرت عادته بمهاداته) قبل القضاء من الاجنبى لعدم التهمة (ان لم يكن لهما) اى للقريب او من جرت عادته بمهاداته (خصومة ولم يزد على العادة) حتى لو كان لهما خصومة او زادت على العادة يردها كلها فى الاول وما زاد عليها فى الثانى وقيده فخر الاسلام بان لايكون مال المهدى قد زاد فبقدر ما زاد ماله لابأس بقبوله وفى البحر وللقاضى ان يقبلها من السلطان ومن حاكم بلده واقتصر فى التاتارخانية على من ولاه وفى الخانية ويجوز للامام والمفتى قبول الهدية واجابة الدعوة الخاصة (ويحضر الدعوة العامة) لعدم كونها للقضاء الا اذا كان صاحب العامة احد الخصمين (لا الخاصة) لانها جعلت لاجله ولم يفصل فى الخاصة بين ان يكون من القريب او من غيره وما اذا جرت له عادة بها اولم تجر وفى الكافى وان كان بين القاضى وبين المضيف قرابة يجيبه بلا خلاف كذا ذكره الخصاف وذكر الطحاوى ان على قولهما لايجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد يجيب (وهى) اى الدعوة الخاصة (ما لا يتخذ ان لم يحضر) القاضى فان علم المضيف ان القاضى اذا لم يحضرها لايتركها فعامة وقيل ان جاوز العشرة فعامة والا فخاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سواهما خاصة (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لان هذا من حق المسلم على المسلم ففى الحديث للمسلم على المسلم ست حقوق اذا دعاه يجيبه واذا مرض يعوده واذا مات يحضره واذا لقيه يسلم عليه واذا استنصحه ينصحه واذا عطس يشمته وهو لايسقط بالقضاء لكن لايمكث فى ذلك المحل هذا

اذا لم يكن المريض احد الخصمين وان كان احدهما ينبغى ان لايعوده له (ويتخذ مترجما وكاتبا عدلا) له معرفة بالفقه ويجلس ناحية عن القاضى حيث يراه حتى لايخدع بالرشوة (ويسوى) القاضى (بين الخصمين جلوسا) اى من حيث الجلوس بين يديه غير متربعين ولا مقعين ولا محتبين ويكون بين القاضى وبينهما قدر ذراعين من غير ان يرفعا اصواتهما وتقف اعوان القاضى بين يديه ويمنعون الناس عن التقدم اطلق فى التسوية بينهما فشمل السلطان والشريف والوضيع والاب والابن والصغير والكبير والذمى والعبد والحر وانما قلنا بين يديه لانه لو اجلسهما فى جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضى فتفوت التسوية وكذا لو اجلس احدهما عن يمينه والاخر عن يساره لان جانب اليمين افضل وفى البحر نقلا عن الفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضى فى مجلسه ينبغى للقاضى ان يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضى بينهما وحكى ان ابا يوسف وقت موته قال اللهم انك تعلم انى لا اميل الى احد الخصمين حتى القلب الا فى خصومة النصرانى مع الرشيد ولم اسو بينهما وقضيت على الرشيد ثم بكى (واقبالا ونظرا) لقوله عليه السلام اذا ابتلى احدكم بالقضاء فليسو بينهم فى الجلوس والنظر والاشارة ولا يرفع صوته على احد الخصمين دون الاخر ولان فى عدم التسوية كسر القلب الاخر (ولا يسار احدهما ولا يشير اليه) اى لايكلم القاضى احد الخصمين سرا ولا يشير اليه بيده ولا برأسه ولا بعينه ولا بحاجبيه (ولا يضيفه) اى احد الخصمين (دون الاخر) وفيه اشارة الى انه لو اضافهما معا فلا بأس به (ولا يضحك اليه) اى الى احدهما (ولا يمزح معه) اى مع احدهما ولا يتلطف به (ولا يلقنه حجته) لان هذه الاشياء كلها تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسر القلب الاخر (ويكره تلقينه) اى تلقين القاضى (الشاهد بقوله اتشهد بكذا) لان الشاهد يستفيد من قول القاضى زيادة علم فتوجد اعانته وهى تهمة (واستحسنه) اى التلقين (ابو يوسف فى غير موضع التهمة) لانه قد يقول اعلم مكان اشهد لمهابة المجلس وهو نوع رخصة عنده رجع اليه بعد ما تولى القضاء والعزيمة فيما قالا لانه لايخلو عن نوع تهمة وفى الفتح وظاهر الجواب ترجيح ما عن ابى يوسف وفى القنية الفتوى على قول ابى يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته واما افتاء القاضى فالصحيح انه لابأس به فى مجلس القضاء وغيره لكن لايفتى احد الخصمين قيد بالشاهد لبيان انه لايلقن المدعى بالاولى وفى الخانية فان امر القاضى رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصا على قول ابى يوسف (ولا يبيع) القاضى (ولا يشترى فى مجلسه) اى فى مجلس القضاء واطلقه فى البحر فقال ولا فى غيره هو الصحيح لان الناس يتساهلون لاجل القضاء هذا اذا كان يكفى المؤنة من بيت المال او يعامل من جانبه والا لايكره ولو باع مال المديون او الميت لايكره (ولا يمازح لاذهابه) هيبة القضاء (فان عرض له) اى للقاضى (هم او نعاس او غضب او جوع او عطش او حاجة حيوانية كف عن القضاء) قال عليه السلام لايقضى القاضى وهو غضبان وفى رواية وهو شبعان ولانه يحتاج الى التفكر وهذه الاعراض تمنع صحة التفكر فلا يؤمن عن الوقوع فى الخطأ ويكره له صوم التطوع يوم القضاء لانه لايخلو عن الجوع ولا يتعب نفسه بطول الجلوس ويقعد طرفى النهار واذا طمع فى ارضاء الخصوم ردهما مرة او مرتين وان لم يطمع انفذ القضاء بينهما فان تأخيره بعد ما ثبت ظلم وفى التبيين وغيره القضاء واجب على القاضى بعد ظهور عدالة الشهود حتى لو امتنع يأثم ويستحق العزل ويعزر ويكفر ان لم يعتقد افتراض القضاء بعد توفر شرائطه (واذا تقدم اليه الخصمان فان شاء قال لهما) اى للخصمين (ما لكما وان شاء سكت) والسكوت احسن كيلا يكون تهيجا للخصومة وقد قعد لقطعها (واذا تكلم احدهما اسكت الاخر) لانهما اذا تكلما جملة لايتمكن من الفهم ﴿فصل﴾ (* فى الحبس *) لما كان الحبس من احكام القضاء وتعلق به احكام افرده فى فصل على حدة وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة (فاذا ثبت الحق للمدعى وطلب المدعى حبس خصمه فان ثبت بالاقرار لايحبسه) اى لم يعجل بحبسه اذا لم يعرف كونه مماطلا فى اول الوهلة فلعله طمع فى الامهال فلم يستصحب المال (الا اذا امره بالاداء فابى) فحينئذ يحبسه لظهور المماطلة (وان ثبت) اى الحق الذى ادعاه ولو دانقا (بالبينة حبسه قبل الامر بالدفع) ان طلب الخصم حبسه لظهور المطل بالانكار وقال شريح يحبسه من غير طلبه (وقيل لا) يحبس قبل الامر بالدفع لانه اذا ثبت بالبينة ربما تعلل به ويقول ما علمت الا الساعة بخلاف الاقرار لكن الاول مختار صاحب الهداية وهو المذهب وصفة الحبس ان يكون لموضع ليس به فراش ولا طاق ولا يمكن احد ان يدخل عليه للاستيناس الا اقاربه وجيرانه ولا يمكثون عنده طويلا ولا يخرج لجمعة وعيد ولا لجماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة ولو بكفيل كما فى التبيين لكن فى الخلاصة يخرج بالكفيل لجنازة الاصول والفروع وفى غيرهم لايخرج وعليه الفتوى ولا يخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج لقرابة الولاد وفى رواية يخرج وان وجد من يجهزه ولا يضرب المحبوس لاجل الدين الا اذا امتنع من الانفاق على قريبه فيضرب ولا يغل

الا اذا خيف انه يفر فيقيده ولايجرد ولايقام بين يدى صاحب الحق اهانة وتعيين مكان الحبس للقاضى الا اذا طلب المدعى مكانا آخر (فان ادعى الفقر حبسه فى كل مالزمه ببدل مال) ولايلتفت الى قوله (كالثمن) اطلقه فشمل الاجرة الواجبة لانها ثمن المنافع وشمل ماعلى المشترى وماعلى البايع بعد فسخ البيع بينهما باقالة اوخيار وشمل رأس مال السلم بعد الاقالة وما اذا قبض المشترى المبيع اولا كما فى البحر (والقرض) لثبوت غنائه بحصول المال فى الصورتين (او) لزمه (بالتزامه كالمهر المعجل) قيد بالمعجل لانه لايحبس فى المؤجل ويصدق فى الاعسار وعليه الفتوى وفى الاصل لايصدق فى الصداق بلافصل بين مؤجله ومعجله كما فى البزازية (والكفالة) اذالاقدام على الالتزام دليل اليسار فى الصورتين ويمكن المكفول له من حبس الكفيل والاصيل وكفيل الكفيل وان كثر وفى الخانية رجح الاقتصار على الاول فقال وقال بعضهم ان كان الدين واجبا بدلا عما هومال كالقرض وثمن المبيع فالقول قول مدعى اليسار مروى ذلك عن الامام وعليه الفتوى وهوخلاف مااختاره المص تبعا للهداية وذكر فى انفع الوسائل انه المذهب المفتى به فقد اختلف الافتاء فيما التزمه بعقده ولم يكن بدل مال والعمل على مافى المتون لانه اذا تعارض مافى المتون والفتاوى فالمعتمد مافى المتون وكذا يقدم مافى الشروح على مافى الفتاوى وقيل القول للمديون فى الكل وقيل للداين فى الكل وقيل يحكم بالزى الافى الفقهاء والعلوية كما فى البحر (لافيما عدا ذلك) اى لايحبس المديون فيما سوى تلك المذكورات كبدل الغصب وضمان المتلفات وارش الجنايات والسرقة والنفقة واعتاق الاماء المشتركات وبدل الكتابات ان ادعى المديون الفقر لان الاصل فى الادمى العسرة والمدعى يدعى امرا عارضا وهو الغناء فلم يقبل منه (الا اذا برهن خصمه ان له مالا و يحبسه) اى القاضى المديون ح (مدة يغلب على ظنه انه لوكان له) اى للمديون (مال لاظهره وهوالصحيح) وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره وماجاء من التقدير بشهرين او ثلاثة اواربعة اوخمسة اوستة اوشهر اتفاقى وليس بتقدير حتما (وقيل) يحبسه (شهرين اوثلاثة) والصحيح الاول لمابيناه ولوقال المديون حلفه انه مايعلم انى معسر يحبسه القاضى الى ذلك ويحلفه انه مايعلم عساره فان حلف حبسه بطلبه وان نكل لايحبسه والمراد من الغناء قدرته الآن على قضاء الدين فلوكان للمحبوس مال فى بلد آخر يطلقه بكفيل وان علم القاضى عسرته لكن له مال على آخر يتقاضى غريمه فان حبس غريمه الموسر لايحبسه كما فى البزازية وفى البحر وظاهر كلامهم ان القاضى لايحبس المديون اذا علم ان له مالا غائبا اومحبوسا موسر اوانه يطلقه اذا علم باحدهما ثم يسأل القاضى عن المحبوس بعد حبسه بقدر مايراه من جيرانه فان قامت على اعساره اطلقه ولايحتاج الى لفظ الشهادة وشرطه فى الصغرى و العدل الواحد يكفى والاثنان احوط وكيفيته ان يقول المخبران حاله حال المعسرين فى نفقته وكسوته وقد اختبرنا حاله فى السر والعلانية ولايشترط لسماعها حضوررب الدين فان كان غائبا سمعها واطلقه بكفيل كما فى البزازية (وان لم يظهر له) اى للمحبوس (مال) بعد سؤاله عنه (خلى سبيله) اى خلى القاضى المحبوس لان عسرته ثبتت عنده فاستحق النظرة الى الميسرة للآية فحبسه بعده يكون ظلما (الا ان يبرهن الخصم على يساره) بشهادة عدلين انه موسر قادر على قضاء الدين ولايشترط تعيين المال (فيؤبد حبسه) لظهور انه يصر على ظلمه من منع حق اخيه فيجازى بتأبيد حبسه (ولاتسمع البينة على اعساره قبل حبسه وعليه عامة المشايخ) هوالصحيح لان البينة للاثبات لاللنفى الا اذا اقام المدعى عليه بعد زمان على العسرة فتقبل لان العسار بعد اليسار امر عارض ايضا فيخليه القاضى بلا كفيل الا فى مال اليتيم ومال الوقف ومال الغائب فلا يطلقه الا بكفيل كما فى المنح وفى البزازية اطلق القاضى المحبوس لافلاسه ثم ادعى آخر مالا وادعى انه موسر لايحبسه حتى يعلم غناه (ويحبس الرجل لنفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق فلا يحبس فى النفقة الماضية لانها تسقط بمضى الزمان ولئن لم تسقط بان حكم الحاكم بها واصطلح الزوجان عليها فلانها ليست ببدل عن مال ولا لذمته بعقد (لاوالد فى دين ولده) اى لايحبس اصل فى دين فرعه لانه لايستحق العقوبة بسبب ولده سواء كان موسرا اومعسرا لكن ينبغى ان نقيده بشئ وهو انه اذا كان موسرا وامتنع من قضاء دين ولده وقلنا لا يحبس فالقاضى يقضى دينه من ماله ان كان من جنسه والاباعه للقضاء كبيعه مال المحبوس الممتنع من قضاء دينه والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله ولوقال المديون ابيع عرضى واقضى دينى اجله القاضى ثلاثة ايام ولوله عقار حبسه و يبيعه ويقضى الدين ولو بثمن قليل قيد بدين الولد لان الولد يحبس بدين اصله ويحبس القريب بدين قريبه كما فى البحر (الا ان ابى الوالد من الانفاق عليه) اى على الولد فانه ح يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قصدا هلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه وكذا المولى لايحبس بدين عبده المأذون ان لم يكن على العبد دين ولايحبس العبد

لدين

لدين المولى والمولى يحبس بدين مكاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لايحبس ولايحبس المكاتب بدين الكتابة ويحبس بدين اخر عليه (ولومرض) المحبوس (فى الحبس لايخرج) من الحبس (ان كان له من يخدمه فيه) اى فى الحبس لانه شرع ليضجر قلبه فيتسارع الى قضاء الدين وبالمرض يزداد ضجره (والا) اى وان لم يكن له من يخدمه فيه (اخرج) من الحبس بكفيل لئلا يهلك كالومرض مرضا اضناه وهومروى عن محمد وعليه الفتوى وعن ابى يوسف لايخرجه والهلاك فى السجن وغيره سواء (ولايمكن المحترف من اشتغاله بالحرفة فيه) اى فى الحبس (هوالصحيح) وقيل لايمنع لان نفقته ونفقة عياله عسى يكون من ذلك وفى القهستانى ولايؤاجره فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف لوكان له عمل آجره وادى دينه بما سوى قوته وقوة عياله (ويمكن من وطئ جاريته ان كان فيه) اى فى السجن (خلوة) قال الزيلعى وغيره ان احتاج الى الجماع لايمنع من دخول امرأته اوجاريته عليه ان كان فى السجن موضع سترة لان اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطئ من فضول الحوايج انتهى فعلى هذا المناسب للمص ان لايقتصر على الجارية لانه لايمنع من وصول امرأته كذلك تدبر (واذا تمت المدة) للحبس على الاختلاف (ولم يظهر له مال خلى سبيله) هذا تكرار لكن ذكره توطئة لقوله (ولايحول بينه وبين غرمائه) بعد خروجه من الحبس عند الامام (بل يلازمونه) لانهم منتظرون الى زمان قدرته على الايفاء وذلك ممكن فى كل ساعة فيلازمونه كيلا يخفيه ولانه قد يكتسب فوق حاجته الدارة فيأخذون منه فضل كسبه (ولايمنعونه من التصرف والسفر) تفسير للملازمة يعنى انهم يدورون معه اينما دار ولايمنعونه من التصرف والسفر كما فى العناية (ويأخذون فضل كسبه) بلا اختياره اواخذه القاضى (ويقسم بينهم بالحصص) لاستواء حقوقهم فى القوة لكن المديون لو آثر احد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك (والملازمة ان يدور وامعه حيث دار فان دخل داره) لايدخلون معه (وجلسوا على الباب) الى ان يخرج لان الانسان لابد ان يكون له موضع خلوة (ولوكان الدين لرجل على امرأة) والمسئلة بحالها (لايلازمها) لمافيه من الخلوة بالاجنبية (بل يبعث امرأة) امينة (تلازمها وقالا اذا فلسه الحاكم) اى اذا حكم بافلاسه (يحول بينه وبين غرمائه) اى يأمرهم ان يتركوا ملازمته (الا ان يبرهنوا ان له مالا) لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة وعند الامام لايتحقق القضاء بالافلاس وفى قوله الا ان يبرهنوا الخ اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة العسار لانها اكثر اثباتا

* فصل فى كتاب القاضى *

(وانما اخره عن الحبس لانه لما كان لا يتحقق فى الوجود الا بقاضيين كان مركبا بالنسبة الى ماقبله والبسيط قبل المركب وترك قوله الى القاضى كما فى اكثر الكتب لان هذا الفصل غير مختص به بل بين فيه السجل والمحضر والصك والوثيقة (اذا شهدوا عند القاضى على خصم حاضر حكم) اى القاضى (بها) اى بشهادتهم لوجود الحجة وشرط الحكم وهو حضور الخصم والمراد بالخصم الحاضر من كان وكيلا من جهة المدعى عليه اومسخرا وهو من رضيه القاضى وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والا لواراد بالخصم المدعى عليه لم تبق حاجة الى الكتاب الى القاضى الاخر لان الخصم حاضر عند القاضى وقد حكم عنه كما فى البحر وغيره لكن لايخفى مافيه من التكلف والاحسن ان يقال ان هذا توطئة لقوله وان شهدوا على غائب لايحكم وليس بمقصود بالذات كما فى الدرر (وكتب) القاضى (بالحكم) لئلا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لهما والا فلا يحتاج الى كتابة الحكم لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه او من يقوم مقامه (وهو) اى كتاب الحكم (السجل) الحكمى لانه سجله اى احكمه بالحكم وفى المصباح السجل كتاب القاضى وسجل القاضى بالتشديد قضى وحكم واثبت حكمه فى السجل وفى البحر فالسجل الحجة التى فيها حكم القاضى ولكن هذا فى عرفهم وفى عرفنا السجل كتاب كبير يضبط فيه وقايع الناس ومايحكم القاضى ومايكتب عليه (وان شهدوا على) الخصم (الغائب) كان فى محلة اخرى اوقرية او بلدة ويشترط فى ظاهر الرواية مسيرة السفر وعن ابى يوسف يجوز فيما لايرجع فى يومه وفى السراجية وعليه الفتوى لايحكم لعدم جواز القضاء على الغائب عندنا ولوحكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمى حيث لاينفذ خلاف مذهبه لان الاول محكوم به فلزمه والثانى ابتداء حكم فلا يجوز له كما فى التبيين وهويدل على ان الحاكم على الغائب اذا كان حنفيا فان حكمه لاينفذ لقوله يرى ذلك وهومقيد لان معنى قولهم ان القضاء على الغائب ينفذ فى اظهر الروايتين اذا كان القاضى شافعيا كما سيأتى (بل يكتب القاضى بها) اى بالشهادة الى قاض يكون الخصم فى ولايته (ليحكم) القاضى (المكتوب اليه) على وجه الخصم كيلا يكون قضاء على الغائب (وهو كتاب القاضى) الى القاضى وجه التسمية به ظ (والكتاب الحكمى) منسوب الى الحكم باعتبار مايؤل اليه و(هو نقل الشهادة) فى الحقيقة لان القاضى الكاتب لم يحكم بها وانما نقلها للمكتوب اليه ليحكم بها ولهذا يحكم المكتوب اليه برأيه وان كان مخالفا

رأى الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له ان يخالفه و ينقض حكمه اذا كان فى فصل مجتهد فيه او متفق عليه
كما فى البحر وفى المبسوط وغيره والقياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضى الى القاضى لان القاضى الكاتب لوحضر
بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما فى الكتاب لم يعمل به القاضى فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذا الخط
يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم الا انه جوز استحسانا لحاجة الناس اليه لما روى ان عليا رضى الله عنه جوزه لذلك وعليه
اجمع الفقهاء (ويقبل فى كل مالا يسقط بالشبهة) احتراز عن الحد والقود لان فيه شبهة البدلية عن الشهادة فيصير
كالشهادة على الشهادة لان مبناهما على الاسقاط وفى قبوله سعى فى اثباتهما قبل فيه شبهة التبديل والتزوير وهما
يسقطان بالشبهات (كالدين) فانه يعرف بالقدر والوصف ولا يحتاج فيه الى الاشارة (والعقار) فانه ايضا يعرف
بالتحديد (والنكاح) سواء ادعى الزوج اوالزوجة وكذا الطلاق ان ادعت على الزوج (والنسب) من قبل الحى اوالميت
لانه يعرف بذكر الاب والجد والقبيلة (والغصب) اذ فيه يلزم القيمة وهى دين (والامانة والمضاربة المجحودتين)
لانهما كالمغصوبين حكما قيدهما بالمجحودتين لان غير المجحودتين لا يحتاجان الى كتاب القاضى وكذا الشفعة والوكالة
والوصية والوفاة والوراثة والقتل الذى يوجب المال لان البعض منها يعرف بالقدر والوصف والبعض الاخر يعرف
باحدهما ولا يقبل الكتاب فى العين المنقول كالثوب والعبد والامة ونحوها فى ظاهر الرواية للحاجة الى الاشارة
عند الدعوى والشهادة وروى عن ابى يوسف للقاضى ان يقبل فى العبد لان الاباق يغلب فيه لا فى الامة وعنه
ايضا انه يقبل فى الامة كالعبد (و) روى (عن محمد قبوله فى كل ما ينقل وعليه المتأخرون) وفى البزازية والمتقدمون
لم يأخذوا بقول الامام الثانى وعمل الفقهاء اليوم على التجويز فى الكل للحاجة (وبه يفتى) كما قال الامام الاسبيجابى
وهو مذهب الائمة الثلاثة (ولابد ان يكون الى معلوم بان يقول من فلان الى فلان ويذكر نسبهما) بان يقول من فلان بن
فلان الى فلان بن فلان وفى العناية ويشترط فيه المعلوم الخمسة وهو ان يكون من معلوم الى معلوم فى معلوم اى المدعى
المعلوم على معلوم اى المدعى عليه (فان شاء قال بعده) اى بعد ان يقول الى فلان بن فلان (والى كل من يصل اليه)
الكتاب (من قضاة المسلمين) حتى لا يبطل المكتوب اليه على ما سيجىء ان شاء الله تعالى (ويقرأه) اى القاضى الكاتب
الكتاب (على من يشهدهم عليه) ليعرفوا ما فيه لانهم يشهدون عند المكتوب اليه (ويعلمهم بما فيه) اى فى الكتاب
ان لم يقرأ اذ لا شهادة بدون العلم (ويكون اسماؤهم) اى اسماء شهود الطريق وكذا انسابهم (داخلة) فى كتابه
وفى التبيين وغيره ويكتب فيه اسم المدعى والمدعى عليه على وجه يقع به التمييز وذلك بذكر جدهما ويذكر الحق
فيه ويذكر شهود الاصل واسمائهم وانسابهم لاجل التمييز ان شاء وان شاء اكتفى بذكر شهادتهم هذا اذا كان غير مشهور
واما اذا كان مشهورا يكتفى باسمه المشهور ويكتب العنوان فى داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر لا يقبل قيل هذا فى
عرفهم اما فى عرفنا العنوان ان يكون على الظاهر فيعمل به وفى الدرر ويكتب تاريخ الكتاب ولو لم يكتب فيه التاريخ لا يقبله
(ويختمه) اى الكاتب (بحضرتهم) اى بحضرة الشهود (ويحفظوا) اى الشهود (ما فيه) اى فى الكتاب لانهم يشهدون
به (ويسلمه) اى الكتاب (اليهم) اى الى الشهود دفعا لتهمة التغيير وهذا عند الطرفين (وابو يوسف لم يشترط شيأ من
ذلك المذكور (سوى اشهادهم انه كتابه لما ابتلى بالقضاء) وهو قول ابى يوسف اخرا قبل اذا كان الكتاب فى يد المدعى
يفتى بان الختم شرط وان كان فى يد الشهود يفتى بانه ليس بشرط (واختار) الامام (السرخسى قوله) اى قول ابى يوسف
اخرا (وليس الخبر كالعيان) يعنى ان ابا يوسف قبل ان ابتلى بقضاء وعاين ما فيه قال فيه مثل ما قالا ولما ابتلى
بالقضاء وعاين ما فيه قال جميع ذلك ليس بشرط تسهيلا على الناس وان كان الاحتياط فيما قالا (واذا وصل) الكتاب
الى القاضى (المكتوب اليه نظر الى ختمه ولا يقبله الا بحضرة الخصم) اى لا يأخذ الكتاب الا وقت حضور الخصم
لانه لا الزامه كما فى الاختيار لكن فى الذخيرة وغيره ان حضوره شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب
(و) الا (بشهادة رجلين اورجل وامرأتين) لان الكتاب قد يزور فلا يثبت الا بحجة تامة وايضا كتاب القاضى ملزم اذ يجب
على المكتوب اليه ان ينظر فيه و يعمل به ولا الزام الا ببينة (انه كتاب فلان بن فلان القاضى) والجملة مفعول قوله
بشهادة وفيه اشعار بانه يسلم الكتاب الى المدعى كما ذهب اليه ابو يوسف قرأه علينا واخبرنا به (وختمه وسلمه الينا فى مجلس
حكمه) كل خبر بعد خبر وفيه اشارة الى مذهب الطرفين (وعند ابى يوسف) يكفى شهادة (انه كتاب فلان) القاضى
وخاتمه) ولا يشترط ان يقولوا اقرأه علينا وسلمه الينا فى مجلس حكمه (وعنه) اى عن ابى يوسف (ان الختم ليس بشرط)
فيكفيهم ان يشهدوا انه كتاب فلان القاضى لكن لابد من اسلام شهوده بالاتفاق ولو كان لذمى على ذمى لانهم يشهدون
على فعل المسلم وانما يحتاج اليهم اذا انكر الخصم كونه كتاب القاضى اما اذا اقر فلا حاجة الى الشهود (فاذا شهدوا)
سواء على ما قالاه او على ما قاله عند القاضى المكتوب اليه (فتحه) المكتوب اليه الكتاب بعد ثبوت عدالة الشهود

كما فى الهداية وهو الصحيح وفى العناية ان الاصح ما قاله محمد من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم
من غير تعرض عدالة الشهود وفى التبيين ولو وجد فى الكتاب ما يخالف شهادتهم رده وقرأه على الخصم والزمه ما فيه
لانه ثبت عنده ما فى الكتاب الا ان يقول الخصم لست بفلان الذى شهدوا به واقام البينة ان فى هذه القبيلة اثنين
بهذا النسب كما فى القهستانى (ويبطل الكتاب بموت) القاضى (الكاتب وعزله قبل وصول الكتاب) الى الثانى
او بعد وصوله قبل ان يقرأ عليهم وكذا بخروجه عن الاهلية كالجنون والفسق لان الخروج كالعزل والاخراج
حكما لكونه واحدا من الرعايا فكتابه لا يقبل كخطابه لانتفاء الولاية الشرعية وانما قلنا بعد وصوله قبل ان يقرأ
عليهم لانه لو مات او عزل بعد ما قرأ الكتاب لا يبطل فى ظاهر الرواية و يحكم به المكتوب اليه على الصحيح وقال
ابو يوسف لا يبطل مطلقا سواء مات الكاتب او عزل قبل الوصول او بعده بل المكتوب اليه يقضى به وهو قول
الائمة الثلاثة (و) يبطل (بموت المكتوب اليه) وعزله (الا اذا كتب بعد اسمه) اى اسم المكتوب اليه (والى كل
من يصل اليه من قضاة المسلمين) فح لا يبطل لان الغير صار تبعا للمعروف المعين بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل
من يصل اليه على ما عليه مشايخنا لعدم التعريف واجاز ابو يوسف حين ابتلى بالقضاء وفى الخلاصة وعليه عمل
الناس لا يبطل (بموت الخصم بل ينفذ على وارثه) اى وارث الخصم المتوفى لانه قائم مقامه وكذا ينفذ على وصيه
سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت الخصم او بعده اطلق الخصم فشمل المدعى والمدعى عليه (واذا علم القاضى بشئ
من حقوق العباد فى زمن ولايته ومحلها جاز له ان يقضى به) من غير شاهد حتى اذا علم القاضى ان زيدا غصب شيأ
من المدعى يأخذه عن زيد ويدفعه الى المدعى وهذا جواب رواية الاصول وفى شرح مختصر الوقاية لابى المكارم
وهل يقضى القاضى بعلمه فى حقوق العباد اذا علم فى مصره حال قضائه وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا يقضى
بعلمه وفى حدود هى حق الله كحد الزنا والشرب لا يقضى بعلمه وفى القصاص وحد القذف يقضى به واذا علم
بحقوق العباد قبل قضائه اوفى غير مصره فحضر مصره ثم رفع الحادثة اليه فعند الامام لا يقضى بذلك العلم وعندهما
يقضى واختلف المشايخ على قوله سواء كان قاضيا على الرستاق اولم يكن ولو علم بحادثة فى مصره فعزل ثم اعيد
فعنده لا يقضى وعندهما يقضى *) فصل (* قال فى النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضى اذا كان سجلا اتصل به
قضاؤه يجب على القاضى المكتوب اليه امضاؤه اذا كان فى محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمى فان الرأى له
فى التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان تعداد محال الاجتهاد بذكر اصل يجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك
وما يلحق به (ويجوز قضاء المرأة) فى جميع الحقوق لكونها من اهل الشهادة لكن اثم المولى لها للحديث لن يفلح
قوم ولوا امرهم امرأة (فى غير حد وقود) اذ لا يجرى فيها شهادتها وكذا قضاؤها فى ظاهر الرواية فلو قضت
فى حد وقود فرفع الى قاض اخر فامضاه ليس لغيره ان يبطله كما فى الخلاصة واما قضاء الخنثى فيصح بالاولى وينبغى
ان لا يصح فى الحدود والقود لشبهة الانوثة كما فى البحر (ولا يستخلف قاض) على القضاء ولا ينفذ قضاء خليفته
ولو مريضا وقال الطحاوى انه نافذ فلا يبطله حاكم اعتبارا بالحكم (الا ان يفوض اليه ذلك) الاستخلاف بان قيل
من قبل المقلد ول من شئت وفيه اشعار بانه يستخلف بالاذن دلالة كما فى القهستانى فلو جعل قاضى القضاة كان له
الاستخلاف لان معناه المتصرف فى القضاء تقليدا وعزلا وفى الخلاصة الخليفة اذا اذن للقاضى فى الاستخلاف
فاستخلف رجلا واذن له فى الاستخلاف جاز له الاستخلاف ثم وثم فلو استخلف المأمور بالاستخلاف رجلا فقضى
للقاضى الذى استنابه اوولده سنيه جاز قضاؤه ويقضى النائب بما شهدوا به عند الاصل وعكسه كما فى التنوير لكن
فى البزازية لا يقضى القاضى بالحرمة الغليظة بكلام النائب اما النائب يقضى بكلام القاضى اذا اخبره (بخلاف
المأمور بالجمعة) فانه يستخلف لكونها على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا فى الاستخلاف دلالة ولا كذلك
القضاء (واذا استخلف المفوض اليه) الاستخلاف (فنائبه لا ينعزل بعزله) اى بعزل المفوض اليه اياه لانه صار نائبا
عن الاصيل الا اذا فوض اليه ذلك بان قيل له من قبل السلطان استبدل من شئت فح يجوز له العزل (ولا) ينعزل
(بموته) اى بموت المفوض اليه (بل هو نائب الاصيل) حقيقة وفيه اشارة الى ان نائب القاضى انعزل بموته كما فى هداية
الناطفى وعلم ينعزل عند كثير من المشايخ والى ان قاضى امير الناحية انعزل بموته بخلاف موت الخليفة حيث
لا ينعزل القاضى كما لا ينعزل امراؤه وفى الفواكه البدرية ونائب القاضى فى زماننا ينعزل بعزله و بموته فانه نائبه
من كل وجه وفى المحيط اذا عزل السلطان انعزل نائبه بخلاف ما لو مات القاضى حيث لا ينعزل نائبه هكذا قيل
ولا ينعزل القاضى اذا عزل السلطان ما لم يصل الخبر اليه كالوكيل ولا ينعزل بعزل النائب القاضى والقاضى اذا قال
عزلت نفسى او اخرجت نفسى وسمع السلطان ينعزل والا لا وقيل لا ينعزل اصلا لانه نائب عن العامة فلا يملك عزله

(وعبرالمفوض) اليه الاستخلاف (ان قضى نائبه بحضرته) اوقضى (بغيبته فاجازه) الاصيل عند استماعه (جاز قضاؤه) اذا كان المستخلف اهلا للقضاء لان المق حصول رأى الاول وقد وجد (كما فى الوكالة) اى كالوكيل بالبيع والشراء اذا وكل غيره فباشر وكيله بحضرته او بغيبته فاجاز عمله جاز (واذا رفع الى القاضى حكم قاض اخر فى امر اختلف فيه فى الصدر الاولى) قيل هو زمان الصحابة والتابعين وقيل المراد مايعم من الصحابة والفقهاء المجتهدين رضوان الله تعالى عليهم اجمعين فى الاصح (امضاه) القاضى المرفوع اليه سواء كان موافقا رأيه او مخالفا لان القضاء متى لاقى مجتهدا فيه ينفذ ولاينقض باجتهاد اخر لان اجتهاد الثانى كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول بالقضاء به ولاينقض بمادونه (ان لم يخالف الكتاب) كالقضاء بحل متروك التسمية عمدا اذ هو مخالف لقوله تعالى ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله كما فى المنح وغيره لكن الاحسن ان يمثل القضاء بتقديم الوارث على المديون فان الاول نافذ عند الطرفين كما فى القهستانى او السنة المشهورة كالقضاء بحل المطلقة الثلاثة بنكاح الثانى بلا وطئ اذ هو مخالف للحديث المشهور وهو حديث العسيلة (او الاجماع) كالقضاء بحل متعة النساء لاتفاقهم على فساده ويشترط ان يكون القاضى عالما باختلاف الفقهاء حتى لو قضى بفصل مجتهد فيه وهو لايعلم بذلك واتفق وقوع قضائه فى موضع الاجتهاد لايجب على الثانى تنفيذه وقال شمس الائمة هذا هو ظاهر المذهب لكن فى الخلاصة ان هذا الشرط يعنى كونه عالما بالاختلاف وان كان ظاهر المذهب لكن يفتى بخلافه انتهى فينبغى ان يعمل بما فى الخلاصة فى زماننا لان قضاة زماننا غالبا لامعرفة لهم بمذاهبهم فضلا عن علمهم بمذاهب بقية المجتهدين وفى البحر تفصيل فليراجع (وما اجتمع عليه الجمهور) لايعتبر فيه خلاف البعض كالحكم بجواز بيع درهم بدرهمين لان هذا حكى عن ابن عباس رضى الله عنهما لكن الصحابة رضى الله عنهم انكروا وردوا عليه قيل فى اصول الفقه يعتبر باختلاف الاقل فى مقابلة اتفاق الاكثر لان واحدا من الصحابة ربما خالف الجمع الكثير ولم يقولوا نحن اكثر منكم يقال لامخالفة بين القولين لان المذكور فى الكتاب خلاف وفى الاصول اختلاف فافترقا وذلك ان واحدا منهم اذا خالفهم ان جوزوا له يكون اختلافا وان لم يجوزوا يكون خلافا وفى المنح نقلا عن شرح الادب لو قضى فى موضع الاختلاف يجوز و فى موضع الخلاف لا يجوز اراد بالاول ما كان فيه خلاف معتبر كالخلاف بين السلف واراد بموضع الخلاف مالم يكن معتبرا ولم يعتبر خلاف الشافعى وقيل الخلاف عبارة عن القول المهجور لكونه مقابلا لقول الجمهور وقيل الخلاف قول بلا دليل مقرر والاختلاف قول دليل معتبر وقيل الخلاف من آثار البدعة والاختلاف من آثار الرحمة والقضاء (بحل او حرمة ينفذ ظاهرا) اى فيما بيننا (وباطنا) اى فيما عند الله عند الامام (ولو وصلية) بشهادة زور اذا ادعى (بسبب معين) من العقود والفسوخ كالنكاح والطلاق والبيع والشراء والاقالة والرد بالعيب والنسب وفى الهبة والصدقة روايتان (وعندهما) لاينفذ (باطنا بشهادة الزور) وان نفذ ظاهرا وهو قول زفر والائمة الثلاثة ثم فرع بقوله (فلو اقامت بينة زور انه تزوجها وحكم به حل لها تمكينه) اى اذا ادعت المرأة على الرجل انه تزوجها فاقامت على ذلك بينة زور وقضى القاضى بها حل له وطئها وحل لها تمكينها من الوطئ عند الامام لما روى ان عليا كرم الله وجهه قضى بالنكاح بين رجل وامرأة بشهادة الشاهدين فقالت يا امير المؤمنين ان لم يكن بد فزوجنى فقال على شاهداك زوجاك ولم يلتفت قولها من تجديد النكاح مع كون الشهود زورا بدلالة القصة بناء على ان حكم القاضى بمنزلة انشاء عقد صحيح ولان القاضى مكلف بحسب الوسع فيجب التعديل عليه اذ الوقوف على حقيقة الصدق متعذر بخلاف الحكم بشهادة الكفار والعبيد والحكم على نكاح المنكوحة والمعتدة اذ الوقوف على هذه الاشياء ممكن ولايلزم الايجاب والقبول فى انشاء القاضى بالحكم وكذا لايلزم حضور الاثنين فى خصوص النكاح كما قيل لان ماثبت فى ضمن صحة القضاء ثبت اقتضاء لاصريحا فلا تراعى شرائطه (خلافا لهما) لان شهادة الزور حجة فى الظ فيكون القضاء بقدر الحجة ولايكون حجة فى الباطن فلايحل لها ذلك عندهما وقال ابو الليث الفتوى على قولهما واثم الشاهدان اثما عظيما ولابد فى المسئلة من زيادة قيد وهو ان لايكون فى المحل مانع لانشاء العقد لان قضاءه فيما لبس له ولاية انشائه اصلا لايفيد الحل بالاجماع وفى القهستانى اذا قضى القاضى بشهود زور انه طلقها ثلاثا ثم تزوجت بزوج بعد العدة فانه يحل له الوطئ ظاهرا وباطنا عند الامام وان علم ان الزوج لم يطلقها لايحل للاول ظاهرا وباطنا واما عندهما فيحل له ولايحل للثانى اذا علم وعن ابى يوسف انه يحل للاول سرا وعن محمد يحل مالم يدخل به الثانى (وفى املاك المرسلة) اى المطلقة وهى التى لم يذكر فيها سبب معين (لاينفذ باطنا اتفاقا) لعدم احتمال الانشاء فى نفس الملك بدون السبب كما فى الصريح كمن ادعى امة انها ملكه مطلقا ولم يقل اشتريتها مثلا واقام على ذلك بينة زور وقضى القاضى بها لايحل له وطئها بالاجماع (والقضاء فى مجتهد فيه بخلاف رأيه) والبا

فى قوله بخلاف متعلق بالقضاء (ناسيا او عامدا لاينفذ عندهما) لانه قضاء بما هو خطأ عنده (وبه يفتى) كما فى المحيط والهداية (وعند الامام ينفذ لو) قضى (ناسيا وفى العمد روايتان) عنه فى رواية لاينفذ وفى رواية ينفذ لانه ليس بخطأ بيقين ففى الخانية اظهر الروايتين عن الامام نفاذ قضائه وعليه الفتوى وفى الفتح فقد اختلف فى الفتوى والوجه فى هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك عمدا لايفعله الالهوى بط لالقصد جميل واما الناسى فلان المقلد انما ولاه ليحكم بمذهب الامام فلايملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم كالوامر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمسة عشر سنة يجب عليه عدم سماعها ولو سمعها وقضى لاينفذ لانه لايصير قاضيا بالنسبة الى تلك الحادثة كما فى المنح واصل الخلاف فيما اذا وقع الخلاف فى قضية فى عصر ثم اجمع العلماء على احد القولين فى عصر آخر هل يرتفع الخلاف المتقدم ام لا فعنده يرتفع وعندهما لايرتفع فيكون الخلاف باقيا على حاله (ولايقضى) القاضى اى لا يصح قضاؤه (على غائب) ولايقضى له عندنا لان القضاء بالبينة وهى لم تعمل الا اذا سلمت عن الطعن والطاعن غائب خلافا للشافعى وفى البزازية قضى للغائب او عليه لايصح الا ان يكون عند خصم حاضر قال صاحب البحر ولذا فسرنا بعدم الصحة والاولى ان يفسر بعدم النفاذ لقولهم اذا انفذه قاض آخر يراه فانه ينفذ واختلف التصحيح فى نفاذه فقيل لاينفذ وقيل ينفذ ورجح الاول فى الفتح وانه لابد من امضاء قاض آخر لان الاختلاف فى نفس القضاء قال ظهير الدين فى نفاذ القضاء على الغائب روايتان ونحن نفتى بعدم النفاذ كيلا يتطرقوا الى ابطال مذهب اصحابنا والقائل بان الفتوى على النفاذ خواهر زاده لكن اشتبه على كثير ان قولهم الفتوى على النفاذ اعم من كون القاضى شافعيا يراه او حنفيا لايراه والظ انه انما هو فى حق من يراه لاجماع الحنفية على انه لايقضى على غائب كما ذكره الصدر ولو كان اعم لزم هدم مذهبنا (الابحضرة نائبه) استثناء من قوله لايقضى على غائب اى لايصح قضاؤه على الغائب ولاله الا ان يحضر من يقوم مقامه (حقيقة كوكيله) وابيه ووصى الميت ومتولى الوقف وفيه اشارة بان القاضى انما يحكم على الغائب وعلى الميت ويكتب فى السجل انه حكم على الغائب بحضرة وكيله وعلى الميت بحضرة وصيه (اوشرعا) عطف على قوله حقيقة اى باقامة الشرع عنه (كوصى نصبه القاضى) كما اذا كان المدعى عليه ميتا وله صغير قد نصب له وصيا (او حكما) لمن يقوم مقامه من حيث الحكم (بان كان مايدعى على الغائب سببا) لازما (لما يدعى على الحاضر) من نحو الملك كما اذا ادعى دارا على حاضر انه اشتراها من الغائب فانه ان صدقه الحاضر لايسلمها القاضى الى المدعى فانه قضاء على الغائب وهذا حيلة لدفع دعوى الخارج وان انكره الحاضر فاقام بينة عليه قضى القاضى بها عليه وهذا قضاء على الغائب ايضا ولذا لو حضر وانكر لايحتاج الى اعادة البينة فالحاضر ينتصب خصما عنه ح وكذا لو ادعى على الحاضر شفعة دار بشرائه من الغائب او ادعى عليه الكفالة بان له على فلان الغائب كذا وهو ذا كفيل عنه بامره يقضى القاضى على الحاضر والغائب ولو لم يقل بامره لايقضى على الغائب وكذا لو ادعى حد القذف على قاذفه فقال القاذف انا عبد وقال المقذوف اعتقك مولاك وبرهن عليه قضى عليهما او ادعى المشهود عليه ان الشاهد عبد لفلان فبرهن المدعى ان المالك الغائب اعتقه تقبل ويقضى عليهما وهى حيلة اثبات العتق على الغائب ولو قال القاذف ان ام المقذوف امة فلان وقد قذفه بابن الزانية فاقام المقذوف بينة على ان امه بنت فلان القريشية فقضى القاضى بالحد فهو قضاء بالنسب ايضا كما فى اكثر الشروح لكن لايخفى ان كون امه بنت فلان القريشية لاينافى كونها امة لجواز ان امها امة فتكون امة تبعة للام تدبر وفى البحر والمنح نظائر كثيرة فليراجع اليهما (فان كان) ما يدعى على الغائب والاولى وان كان بالواو (شرطا) لما يدعيه على الحاضر (لا) يصح (ولايكون الحكم على الحاضر حكما على الغائب) هذا قول عامة المشايخ وبعض المتأخرين على ان الشرط كالسبب لجامع التوقف واطلق ذكر الشرط كما فى الهداية لكن فى الكافى ان الاصح هو ان الشرط ان تضمن ضرر الغائب لايعطى له حكم السبب قال قاضيخان وهو الصحيح كما اذا قال لامرأته ان طلق فلان زوجته فانت طالق فاقامت ان فلانا طلق زوجته لاتقبل بينتها فى الاصح وان لم يتضمنه فهو كالسبب كما لو علق طلاق امرأته بدخول فلان الدار فاقامت البينة على الدخول تقبل بينتها وفى المنح واما حيلة اثبات طلاق الغائب المذكورة فى الفصول وغيره فكلها على الضعف من ان الشرط كالسبب فمنها حيلة الكفالة بمهرها معلقة بطلاقه ومنها دعواها كفالة بنفقة العدة معلقة بالطلاق ومع هذا لو حكم بالحرمة تنفذ لاختلاف المشايخ (ويقرض القاضى مال اليتيم) وكذا مال الوقف والغائب لقدرته على استخراجه متى شاء مع حصول منفعة الحفظ لكونه مضمونا على المستقرض (ويكتب ذكر الحق) اى يكتب الصك لذكر الحق مخافة النسيان لكثرة اشغاله قال المولى سعدى فيه اشارة الى ان انتصاب ذكر الحق علم لكونه مفعولا له ليكتب وعندى

ان قوله ذكر الحق عـلم للصك (ولايجوز ذلك) اى الاقراض (للوصى) بالاتفاق لعدم قدرته على الاستحصال
حتى لو اقرض يضمن (ولاللاب فى الاصح) وفى المنح وفى الاب روايتان اظهرهما كالوصى وهو الصحيح كما فى الخانية
وفى الخلاصة والخزانة الصحيح ان الاب كالقاضى فقد اختلف التصحيح والمعتمد ما فى المتون ويستثنى من عدم جواز
اقراض الاب والوصى على المعتمد اقراضه للضرورة كخوف ونهب فيجوز اتفاقا وفى التنوير واوقضى القاضى بالجور
فالغرم على القاضى فى ماله ان قضى بذلك متعمدا واقر به ولو قضى خطأ فعلى المقضى له * فصل (* فى التحكيم هذا
من فروع القضاء وتأخيره ان المحكم ادنى مرتبة من القاضى لاقتصار حكمه على من رضى بحكمه وعموم ولاية
القاضى وهومشروع بالكتاب والسنة والاجماع (ولو حكم) من باب التفعيل (الخصمان من يصلح قاضيا)
بكونه اهلا للشهادة فلو حكما عبدا وصبيا اوذميا اومحدودا فى قذف لم يصح وتشترط الاهلية وقت التحكيم
ووقت الحكم فلو حكما عبدا فعتق اوصبيا فبلغ اوذميا فاسلم ثم حكم لاينفذ حكمه ولو حكم الذميان ذميا جاز لانه
من اهل الشهادة فى حقهم ويشترط ان يكون المحكم معلوما فلو حكما اومن يدخل المسجد لم يجز اجماعا للجهالة
(ليحكم بينهما صح) الحكم لانهما التزما ورضيا به لولايتهما على انفسهما (ونفذ حكمه) اى حكم المحكم (عليهما
ببينة او اقرار اونكول) ليكون موافقا لحكم الشرع بخلاف حكمه بعلمه فانه لاينفذ (او) نفذ (اخباره) اى اخبار المحكم
(باقرار احد الخصمين) بان قال لاحدهما قد اقررت عندى لهذا بكذا وقضيت عليك (و) نفذ اخباره (بعدالة
الشاهد) بان قال لاحدهما قامت عليك بينة فعدلت عندى فحكمت لذلك (حال ولايته) اى بقاء تحكيمهما لان الاخبار
بالاقرار او العدالة مفيد لوقوعه قبل قوله حكمت مثلا فيصير الاخبار قبل الانعزال بالحكم وتقوم مقام شهادة رجلين
قياسا على سائر القضاة بخلاف اخباره بحكمه لانقضاء ولايته كالقاضى المعزول (ولكل منهما) اى من الخصمين
(ان يرجع قبل حكمه) لانه مقلد من جهتهما فكان لكل منهما عزله وهومن الامور الجائزة فينفرد احدهما بنقضه
كما ينفرد احد العاقدين فى مضاربة وشركة ووكالة اذا لم تكن الوكالة بالتماس الطالب (لابعده) اى لايصح الرجوع
بعد حكمه لانه صدر عن ولاية عليهما كما لقاضى اذا قضى ثم عزل لايبطل قضاؤه (واذا رفع حكمه)
اى حكم المحكم (الى قاض امضاه ان وافق مذهبه) لعدم الفائدة فى نقضه ثم فائدة هذا الامضاء ان لا يكون
لقاض آخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه لان امضاه بمنزلة قضائه (والا) اى وان لم يوافق مذهبه (نقضه)
اى لم يمضه لانه حكم لم يصدر عن ولاية عامة فلم يلزم القاضى اذا خالف رأيه (ولايصح التحكيم فى حد) اذ فيه حق الله
(وقود) لانهما لايملكان اباحة دمهما فلايجوز حكم المحكم فيهما لتوقف حكمه على صحة تحكيمهما وقيل ان حكمه
بمنزلة الصلح فيما يجوز فيه الاستيفاء بالصلح واستيفاء الحد والقود غير مشروع بالصلح فلايجوز التحكيم
فيهما (ويصح التحكيم فى سائر المجتهدات) وغيرها الذى هو الثابت بالكتاب والسنة او الاجماع بالطريق الاولى
(قالوا) اى مشايخنا (ولايفتى به) اى بالتحكيم (دفعا لتجاسر العوام) وفى البحر واعلم ان معنى قولهم لايفتى به
لايكتب على الفتوى ولايجاب باللسان بالحل وانما يسكت المفتى كما افاده فى الفتاوى الصغرى بقوله نكتم
هذا الفصل ولانفتى به وظاهر الهداية ان معناه ان المفتى يجيب بقوله لايحل فليتأمل فيه انتهى (ولو حكماه
فى دم خطأ فحكم بالدية على العاقلة لاينفذ) لان حكم المحكم لاينفذ فى حق غير المحكمين ولاينفذ اذا فى حق العاقلة
لانهم مارضوا بحكمه كما لو حكماه فى عيب مبيع فقضى برده ليس للبايع ان يرده على بايعه الا ان يرضى البايع الاول
والثانى والمشترى بتحكيمه قيد بكونها على العاقلة لانه ينفذ فيه على القاتل من ماله اذا اقر بالقتل خطأ وان لم يقر به
لاينفذ الحكم عليه بها لكونه مخالفا للنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم للاولياء قوموا افدوه ولايصح حكم المحكم
ولا المولى) اى القاضى من جهة السلطان (لابويه) وان علا (وولده) وان سفل (وزوجته) لانهم يتهم بحكمه لهم
(ويصح) حكمهما (عليهم) كالشهادة حيث لايجوز لهم ويجوز عليهم (ويصح لمن ولاه وعليه) لان من جاز شهادته له
وعليه جاز قضاؤه له وعليه * مسائل شتى (* جمع شتيت اى متفرقة من كتاب القضاء وهو هنا مرفوع
على الوصفية للمسائل والمسائل خبر لمبتدأ محذوف فاذا قلت جاءنى القوم شتى نصبت على الحال اى متفرقين
(ليس لذى سفل عليه) اى على السفل (علو لغيره ان يتد) اى لايدق وتدا (فى سفله او ينقب كوة) بضم الكاف وتشديد
الواو وهى الطاقة وفى الديوان بالفتح الروزنة وفى البحر بالفتح نقب البيت ويجمع على كوى بالكسر وقد تضم الكاف
فى المفرد والجمع ويستعار لمفاتيح الماء الى المزارع والجداول وفى الصحاح ان الجمع يمد ويقصر (بلا رضا ذى العلو
ولا لذى العلو ان يبنى عليه) او يضع جذعا لم يكن قبل او يحدث كنيفا بلا رضاء ذى سفل عند الامام لكونه من اسباب
الضرر فيمنعه القاضى (وعندهما لكل منهما) اى من صاحب السفل والعلو (فعل ما لاضرر فيه بلا رضاء الآخر

اذ هو تصرف فى ملكه (وقيل قولهما تفسير لقوله) اى لقول الامام لانه انما يمنع ما فيه ضرر ظاهر اذ ما لاضرر فيه
فلا خلاف بينهم وقيل لا بل بينهما خلاف وهو فى محل وقوع الشك فالاشك فى عدم ضرره كوضع مسمار صغير يجوز
اتفاقا وما فيه ضرر ظاهرا كفتح الباب ينبغى ان يمنع اتفاقا وما يشك فى التضرر به كدق الوتد فى الجدار او السقف
فعندهما لايمنع لان الاصل هو الاباحة لانه تصرف فى ملكه وهو يقتضى الاطلاق والاصل عنده الحظر لانه تعلق به
حق محترم للغير والاطلاق يعارضه الرضى فاذا اشكل لايزول المنع على انه لايعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء
اونقضه فيمنع عنه ولذا لايملك صاحب السفل ان يهدم كالجدار والسقف فكذا نقضه وقول الامام قياس وهل يمنع
صاحب العلو من التصرف فى العلو اختلف المشايخ على قول الامام قال صدر الشهيد المختار انه اذا اشكل انه يضر ام لا
لايملك واذا علم انه لايضر يملك وفى البحر لو انهدم السفل بغير صنع صاحبه لايجبر على البناء لعدم التعدى ولصاحب
العلو ان يبنى ان شاء ويبنى عليه علوه ثم يرجع ويمنعه من الانتفاع والسكنى حتى يدفع اليه لكونه مضطرا (وليس
لاهل زايغة) اى سكة (مستطيلة) صفة لزايغة اى طويلة (تنشعب) اى تتفرع (منها) اى من الزايغة المستطيلة
(مستطيلة غير نافذة) الى موضع آخر ولا له طريق غير طريق الزايغة المستطيلة (فتح باب) فى حايط دارهم
(فى) السكة (المنشعبة) لان فتحه للمرور وليس لهم حق المرور بل هو مختص باهل السكة المنشعبة لانها ملك لها
باجزائها فمن اراد من اهل السكة الاولى فتح باب فقد اراد ان يتخذ طريقا فى ملك الغير ويحدث لنفسه حق الشفعة
فيها فيمنع من قبل القاضى الا ان يكون صغير للريح او الضوء فلا يمنع (وفى النافذة) المنشعبة و(المستديرة) التى (لزق
طرفاها) يعنى سكة فيها اعوجاج حتى بلغ عوجها رأس السكة والسكة غير نافذة (لهم) اى لاهل السكة الاولى (ذلك)
اى فتح باب فى المنشعبة اما النافذة فلان المرور حق العامة وهم من جملتهم واما المستديرة التى تصل طرفاها بها
فلانها سكة واحدة من اولها الى آخرها فكان الصحن مشتركا بين جميع اهل السكة حتى لو بيعت دار فى المستديرة
تكون الشفعة لجميع اهل السكة قيل هذا اذا كانت مثل نصف دائرة او اقل اما اذا كانت اكثر من ذلك لا يفتح
اهل الاولى بابا فيها لكونها سكة على حدة (ومن ادعى هبة فى وقت) يعنى ادعى رجل شيئا فى يد رجل انه وهبه له
وسلمه اليه فى وقت كذا (فسئل بينة) اى فسئله القاضى بينة لانكار المدعى عليه (فقال) المدعى (جحدنى) المدعى عليه
(الهبة فاشتريته منه او لم يقل) المدعى (ذلك) اى جحدنى الهبة (فبرهن على الشراء بعد وقت الهبة يقبل) برهانه
فى الفصلين لان المدعى فى الحقيقة هو الشراء بعد الهبة (ولو) برهن على الشراء (قبله) اى قبل وقت الهبة (لايقبل)
برهانه كما لو ادعى اولا انها اى الدار مثلا وقف عليه ثم ادعاها لنفسه او ادعاها لغيره ثم ادعاها لنفسه فانه لاتقبل بخلاف
ما لو ادعى المالك اولا ثم ادعى الوقف اولغيره فانه يقبل والفرق ان التوفيق فى الوجه الاول ممكن فلا يتحقق التناقض
لجواز ان يقول وهب لى منذ شهر ثم جحدنى الهبة فاشتريته منه منذ اسبوع وفى الوجه الثانى لايمكن التوفيق
فيتحقق التناقض لان دعوى الهبة اقرار بان الموهوب ملك الواهب قبل الهبة فلا تقبل دعوى الشراء قبل
وقت الهبة وفى التبيين ولو لم يذكرا هما تاريخا او ذكر لاحدهما ينبغى ان تقبل بينته لانه يمكن التوفيق بان يجعل
الشراء متأخرا وفى البحر ان قوله جحدنى الهبة اشارة الى انه لابد من توفيقه (ومن ادعى ان زيدا اشترى جاريته
فانكر زيد وترك هو) اى المدعى (خصومته حل له) اى للمدعى (وطؤها) اى وطؤ الجارية وكان الظاهر لايجوز
لاقراره بملك الغير وجه الجواز ان المشترى لما جحد الشراء كان جحوده للبيع فسخا من جهته اذ الفسخ رفع العقد
من الاصل والجحود انكار العقد من الاصل وبهذه المشابهة جعل الجحود مجازا عن الفسخ لما فى التنوير جحود
ما عدا النكاح فسخ فلو جحد انه تزوجها ثم ادعاه وبرهن يقبل برهانه بخلاف المبيع (ومن اقر بقبض عشرة) دراهم
من رجل (وادعى انها) اى العشرة (زيوف او نبهرجة صدق) مع يمينه لان الدراهم تقع عليهما الطلقة فيشمل ما اذا
بين ذلك موصولا او مفصولا (لا) يصدق (انها ستوقة) لان اسم الدراهم لاتقع عليها وقال صاحب المنح ولو ادعى
انها ستوقة لايصدق ان كان البيان مفصولا وصدق ان كان البيان منه موصولا (ولا) يصدق (ان اقر بقبض الجياد
او حقه او الثمن او بالاستيفاء) لان الاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام ثم فى قوله قبضت دراهم جيادا
لايصدق فى دعواه الزيوف مطلقا سواء كان موصولا او مفصولا وفيما اذا اقر انه قبض الثمن او حقه او استوفى
ثم ادعى انها كانت زيوفا ينظر فان كان مفصولا لايصدق وان كان موصولا صدق لامكان التأويل فالحاصل
انه ان كان موصولا صح فى الكل والتفصيل فى المفصول والفرق ان فى المسائل الثلاث اقر بقبض القدر والجودة
بلفظ واحد فاذا استثنى كان استثناء البعض من الكل فصح موصولا كقوله له على الف الا مائة اما اذا اقر بقبض
عشرة جيادا فقد اقر بكل منهما بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل فى حق

الجودة كقوله على مائة درهم ودينار الادينارا كان باطلا وان كان موصولا كما فى البحر نقلا عن النهاية فعلم هذا يلزم للمصنف التفصيل تدبر (والزيف ما رده بيت المال) للقصور فى الجودة الا انه مقبول بين التجار (والنبهرجة ما رده التجار ايضا) اى كما رده بيت المال للرداءة ومقبولة عند بعض الناس (والستوقة ما غلب غشه) اى ظاهرها فضة ووسطها نحاس اورصاص وهومعرب ستوية قيد بدعوى المقر لانه لواقر بقبض دراهم معينة ثم مات فادعى وارثه انها زيوف لم يقبل وكذا اذا اقر بالوديعة او المضاربة او الغصب ثم زعم انها زيوف لم يصدق الوارث وفى التنوير اقر بدين ثم ادعى ان بعضه قرض و بعضه ربوا و برهن عليه قبل برهانه (ومن قال لمن اقرله بالف ليس لى عليك شئ اوقال بل هولك اولفلان (ثم قال) له (فى مجلسه) ذلك (نعم لى عليك الف لا يقبل منه بلا حجة) لان الاقرار قد ارتد برد المقرله والثانى دعوى فلا بد من الحجة اوتصديق الخصم (بخلاف ما لو كذب من قال له اشتريت منى هذا ثم صدقه) فانه يصح لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ فلا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق اما المقرله ينفرد برد الاقرار فافترقا كما فى الهداية لكن اورد يعقوب پاشا فى حاشيته سؤالا وجوابا فى هذا المحل فليطالع (ومن قال لمن ادعى عليه مالا ما كان لك على شئ قط فبرهن) المدعى (عليه به فبرهن هو) اى المدعى عليه (على القضاء او الابراء قبل برهانه) وقال زفر لا يقبل لان القضاء يكون بعد الوجوب وكذا الابراء وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شئ فيثبت ظاهرا ثم يقضى كما يقبل برهانه لوادعى القصاص على آخر فانكر المدعى عليه فبرهن المدعى على من ادعاه من القصاص ثم برهن المدعى عليه على العفو او الصلح عن القصاص على مال وكذا فى دعوى الرق بان ادعى عبودية شخص فانكر فاقام المدعى بينة على دعواه ثم ادعى المدعى عليه اعتاقه واقام بينة تقبل (وان زاد على انكاره ولا اعرفك) اولا رايتك اولا جرى بينى وبينك معاملة اومخالطة اوما اجتمعت معك فى مكان (فلا) يقبل برهانه على القضاء او الابراء لتعذر التوفيق بين كلاميه لانه لا يكون بين اثنين معاملة من غير معرفة وقال القدورى يقبل لامكان التوفيق لان المحتجب والمخدرة قد يوذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق وفرع عليه فى النهاية بان المدعى عليه لو كان ممن يتولى الاعمال بنفسه لا يقبل لكن فى الاصلاح كلام يمكن جوابه تتبع (ولوادعى على آخر بيع امته منه واراد ردها) اى رد الامة (بعيب فانكر) الاخر البيع (فبرهن المدعى على البيع منه و) برهن (المنكر على البراءة من كل عيب لا يسمع برهان المنكر) لان اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضى وجود العقد وقد انكره وهو ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انها تقبل لامكان التوفيق بان باعها وكيله وابرأه عن العيب وفى البحر تفصيل فليطالع وفى التنوير اقر ببيع عبده من فلان ثم جحده صح (وذكر ان شاء الله فى آخر صك) اى من كتب صك الشرى مثلا وذكر فى آخره ما ادرك فلانا من درك فعلى خلاصه ان شاء الله قال وذكر ان شاء الله ولم يقل وكتب لان الكتب المجرد ليس كالذكر فى الحكم اوكتب ذكر اقرار على نفسه وذكر فى آخره من قام بهذا الذكر فهو ولى ما فيه ان شاء الله (يبطل كله) اى كل الصك عند الامام قياسا لان الكل كشئ واحد فالاستثناء ينصرف الى جميعه بحكم العطف فى اثنائه اما لو ترك فرجة فقالوا الا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت (وعندهما يبطل آخره) اى ما يليه (فقط وهو استحسان) لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه اذ الصك للاستيثاق ولو صرف الى الكل يكون للابطال وفى البحر والحاصل ان الشرط اذا تعقب جملا متعاطفة متصلا بها فانه للكل واما الاستثناء بالا فالى الاخير *) فصل (* فى القضاء بالمواريث ذكر هنا مسئلتين تتعلقا باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر فى وقت بناء على ثبوته فى وقت آخر (مات نصرانى فقالت زوجته اسلمت بعد موته) ولى استحقاق الميراث (وقال وارثه بل) اسلمت (قبله) اى قبل موته ولا ميراث لك (فالقول له) اى للوارث لا قولها بغير بينة وعند زفر القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت فى الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما فى جريان ماء الطاحونة والظ بلا حجة يصلح للدفع لا للاستحقاق (وكذا لو مات مسلم فقالت زوجته) النصرانية (اسلمت قبل موته) ولى استحقاق الميراث (وقال الوارث بل) اسلمت (بعده) وليس لك الميراث يعنى يكون القول للوارث ايضا ولا يحكم الحال لان الظ لا يصلح حجة للاستحقاق وهنا محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا كما فى الهداية والتعبير بالاستصحاب احسن من التعبير بالظ فان ما ثبت به الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كاخبار الآحاد كثيرا ما يوجب استحقاقا كما فى الفتح (وان قال المودع) بفتح الدال (هذا ابن مودعى) بكسر الدال (الميت لا وارث له) (غيره) اى غير هذا الابن قيده به لانه لو قال له وارث غيره ولا ادرى امات ام لا لا يدفع اليه شئ حتى يقيم

المدعى بينة بقوله لا نعلم له وارثا غيره دفع (الوديعة اليه) اى الى الابن لان ما فى يده ملك الوارث خلافة عن الميت قيد باقراره بالبنوة لانه لو قال هذا اخوه شقيقه ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضى يتأنى فى ذلك والفرق ان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن لانه وارث على كل حال وقيد بالوارث احترازا عما اذا اقر انه وصيه اووكيله اوالمشترى منه فانه لا يدفعها اليه كما فى البحر (وان قال) المودع (لاخر) بعد اقراره للاول (هذا ابنه ايضا وكذبه الاول وقال ليس له ابن غيرى (قضى للاول) لا للثانى لانه لما صح اقراره الاول لكونه خاليا عن الكذب انقطع يد المقر عن الوديعة فلا عبرة لاقراره الثانى لكونه اقرارا على الغير ولم يذكر ضمان المودع للثانى ففى الغاية انه لا يغرم للابن الثانى شيئا باقراره له وفى النهاية فان قيل ينبغى ان يضمن المودع هنا للمقرله الثانى كما قلنا فى مودع القاضى المعزول اذا بدأ بالاقرار بما فى يده لانسان ثم اقر بان القاضى المعزول سلمه فانه يضمن للقاضى قلنا هذا ايضا يضمن نصيبه اذا دفع الى المقرله الاول بغير رضى القاضى وهذا هو الصواب كما فى الفتح (ولو قسم الميراث بين الورثة او الغرماء بشهادة لم يقولوا) اى الشهود (فيها) اى فى هذه الشهادة (لا نعرف له وارثا آخر اوغريما آخر لا يؤخذ منهم) اى من الورثة او الغرماء كفيل (وهو) اى اخذ الكفيل من القاضى كما فعله البعض (احتياط ظلم) اى ميل عن سواء الطريق وهذا يكشف عن مذهبه اى المجتهد يخطئ و يصيب لا كما ظنه البعض وفى الغاية اى دليل على ان المجتهد يخطئ و يصيب على ان الامام اسبق الائمة واصحابه يبرأ عن مذهب الاعتزال حيث قالوا كل مجتهد مصيب وتمامه فى البحر فليطالع (وعندهما يؤخذ) لان فى التكفيل نظرا للغائب على تقدير وجوده وللامام ان وجود آخر موهوم فلا يؤخر الثابت قطعا له اطلقه فشمل ما اذا ثبت الدين والارث بالبينة او بالاقرار والخلاف فى الاول ولا خلاف فى اخذ الكفيل فى الثانى وهى واردة على اطلاقه وشمل ما اذا قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره وهنا لا يؤخذ الكفيل اتفاقا وقيد بعدم التكفيل لان القاضى يتلوم ولا يدفع اليه حتى يغلب على ظنه انه لا وارث له غيره ولا غريم له آخر اتفاقا (ومن ادعى) على آخر عقارا ارثا له اى لنفسه (ولاخيه الغائب وبرهن المدعى عليه) اى على ما ادعاه (دفع اليه) اى الى المدعى (نصفه) اى نصف ما ادعاه مشاعا غير مقسوم (وترك باقيه) اى ترك نصفه الباقى وهو نصيب الغائب (مع ذى اليد بلا اخذ كفيل منه) اى من ذى اليد (ولو) كان ذو اليد (جاحدا) دعواه عند الامام هذا اظ فى صورة الاقرار وايضا فى صورة الجحود لان الحاضر ليس بخصم عن الغائب فى استيفاء نصيبه وليس للقاضى التعرض بلا خصم كما اذا رأى شيئا فى يد انسان يعلم انه لغيره لا ينازعه بلا خصم وقد ارتفع جحوده بقضاء القاضى اذ القضية صارت معلومة فلا يجحد بعده فيصير بجحوده قبل ذلك لاشتباه الامر فلا يكون خائنا به ولان يد الجاحد يد ضمان ويد الغير يد امانة فاليد الاولى للحفظ اولى وقالا ان لم يكن جاحدا فكذا (وان كان جاحدا اخذ) اى اخذ القاضى (النصف الاخر منه) اى من ذى اليد (و وضع عند امين) حتى يقدم الغائب لخيانته بجحوده فلا نظر فى تركه (وفى المنقول يؤخذ منه) اى من ذى اليد (اتفاقا) اى اذا كانت الدعوى فى المنقول فقيل يؤخذ منه و يوضع عند عدل الى حضور صاحبه اتفاقا فى الاصح لامكان كتمان المنقول بخلاف العقار لانه محفوظ بنفسه ولذا يملك الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب دون بيع العقار (وقيل) هذا (على الخلاف) يعنى عند الامام يترك نصفه الباقى مع ذى اليد ولا يستوثق نفسه بكفيل وعندهما يؤخذ منه ويوضع على يد عدل وقيل يؤخذ الكفيل بالاتفاق لجحوده واجمعوا على انه لا يؤخذ لو مقرا كما فى البحر (واذا حضر الغائب دفع اليه) اى الى الغائب (نصيبه بدون اعادة البينة) لعدم الحاجة الى اعادتها والى القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث عنه وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه دينا اوعينا فيقوم مقام سائر الورثة فى ذلك كما فى التبيين وفى البحر ولم يذكر فيه اختلافا وذكره فى الفصولين وصحح انه لا يحتاج وكذا ينتصب احدهم فيما عليه مطلقا ان كان دينا وان كان فى دعوى عين فلا بد من كونها فى يده ليكون قضاء على الكل وان كان البعض فى يده نفذ بقدره وظاهر ما فى الهداية والنهاية انه لا بد من كونها كلها فى يده فى دعوى الدين ايضا وصرح فى الفتح بالفرق بين العين والدين وهو الحق وغيره سهو انتهى (ومن اوصى بثلث ماله فهو) اى الثلث (يقع على كل مال له) لانها اخت الميراث والميراث يجرى فى الكل وكذا هى (ولو قال مالى اوما املك صدقة) فهو يقع (على مال الزكوة) كالنقدين ومال السوائم واموال التجارات بلغ النصاب اولا وسواء كان عليه دين مستغرق لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكوة لا قدرها ولا شرائطها هذا عندنا وهو استحسان والقياس استواؤهما وهو قول زفر لان اسم المال يتناول الكل وجه الاستحسان ان ما اوجبه العبد لنفسه معتبر بايجاب الله تع لعبده اذ الشرع صرف الصدقة الى المال الذى فيه الزكوة لا الى كل المال وكذا ينصرف

ايجاب العبد اليه بخلاف الوصية لانها تعتبر بالميراث فيجرى فى جميع الاموال (وتدخل فيه) اى فى النذر (ارض العشر عند ابى يوسف) لكون مصرفها مصارف الزكوة (خلافا لمحمد) فانه قال لا تدخل ارض العشر لما فيها من معنى المؤنة وكذا وجب العشر فى ارض الصبى والمكاتب والاوقاف وضم الامام اليه فى النهاية ولا تدخل الخراجية لتمحضها للمؤنة (فان لم يكن له) اى لهذا الشخص (مال غيره) اى غير ما دخل تحت الايجاب (امسك منه) اى من ذلك المال قدر (قوته) اى قوت نفسه وعياله لاحتياجه اليه (فاذا اصاب) بعد ذلك (مالا تصدق بمثل ما امسك) ليكون مؤديا ما اوجبه ولم يقدر بشئ لاختلاف احوال الناس وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت فى مدة وصولهم الى المال قيد بالمال والملك من غير تعيين شئ للاحتراز عما اذا قال الف درهم من مالى صدقة وهو لا يملك الامائة لا يلزمه الا بقدر ما يملك وان لم يكن له شئ لا يجب عليه شئ كما فى البحر (ومن اوصى اليه ولم يعلم) الوصى بالايصاء (فهو وصى) حتى لو باع شيئا من التركة بعد موت الموصى بغير علم يجوز بيعه وهو ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه لا يصح بلا علمه (بخلاف التوكيل) اى لا يصح بدون علم الوكيل بذلك ولذا لو باع شيئا من متاع الموكل لا يجوز بيعه والفرق ان الوصية استخلاف بعد انقطاع ولاية الموصى فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث واما الوكالة فاثبات ولاية التصرف فى ماله وليست باستخلاف لبقاء ولاية المنوب عنه فلا يصح من تثبت له الولاية (وقبل فى الاخبار بالتوكيل خبر فرد وان كان) ذلك الفرد (فاسقا) اى لا يشترط لصحة التوكيل خبر عدل بل يثبت بخبر الواحد سواء كان عدلا او فاسقا او عبدا او صغيرا مميزا وليس فيها الزام كسائر المعاملات لان الوكيل ان شاء يستوفى (لا) يقبل (فى العزل منه) والظان الضمير راجع الى التوكيل لكن لا معنى له بل الاولى ان يترك قوله منه واكتفى فى العزل اى لا يقبل فى عزل الوكيل تدبر (الا خبر عدل) اى لا يقبل خبر فاسقين وفيه اشعار بانه لا يشترط لفظ الشهادة (او مستورين) وظاهر قوله انه لا يقبل خبر الفاسقين وهو ضعيف والصحيح قبوله وثبوت هذه الاحكام لان تأثير خبر الفاسقين اقوى من تأثير خبر العدل بدليل انه لو قضى بشهادة واحد عدل لم ينفذ وبشهادة فاسقين نفذ كما فى البحر وهذا عند الامام (وعندهما هو) اى العزل (كالاول) اى التوكيل فى انه يقبل فى الاخبار بالعزل خبر فرد ولو كان فاسقا كالاخبار بالتوكيل وعند الائمة الثلاثة شرط فى العزل والنصب عدلان (وكذا الخلاف) بين الامام وصاحبيه (باخبار السيد بجناية عبده) يعنى لو اخبر به فاسق للسيد بان عبده جنى خطأ فباع او اعتق لا يصير مختارا للفداء عنده وعندهما يصير (والشفيع بالبيع) يعنى الشفيع اذا سكت بعد ما اخبر فاسق بالبيع لا يكون تاركا للشفعة عنده وعندهما يكون (والبكر) البالغ (بالتزويج) يعنى اذا اخبر فاسق البكر البالغ بالنكاح فسكتت لا تصير راضية بالنكاح عنده خلافا لهما (ومسلم لم يهاجر بالشرايع) متعلق باخبار مقدر اى من اسلم فى دار الحرب فاخبر بالشرايع فاسق لا يؤاخذ عنده خلافا لهما لان كل واحد منهم من جنس المعاملات فلا يتوقف على احد وصفى الشهادة وله ان فيها الزاما من وجه دون وجه فيشترط احد شطرى الشهادة اما العدد او العدالة فلا يثبت بخبر المرأة والعبد والصبى وان وجد العدد والعدالة هذا مقيد بان يكون المخبر غير الخصم ورسوله فلا يشترط فيه العدالة لو اخبر الشفيع المشترى بنفسه وجب الطلب اجماعا والرسول يعمل بخبره وان كان فاسقا اتفاقا صدقه او كذبه كما ذكره الاسبيجابى لكن فى المنح تفصيل فليطالع (ولو باع القاضى او امينه عبدا) لرجل (للغرماء) اى لاجل ديونهم (واخذ المال) اى اخذ القاضى او امينه الثمن (فضاع عند القاضى او امينه (واستحق العبد) ونزع من يد المشترى (لا يضمن) القاضى ولا امينه الثمن للمشترى لان القاضى وامينه بمنزلة الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة فيلزم تعطيل مصالح المسلمين وفى البحر ان امين القاضى هو من يقول له القاضى جعلتك امينا فى بيع هذا العبد اما اذا قال بع هذا العبد ولم يزد عليه اختلف المشايخ والصحيح انه لا يلحقه عهدة (ويرجع المشترى على الغرماء) لان البيع وقع لهم فكانت العهدة عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما تجعل العهدة على الموكل عند تعذر جعلها على الوكيل بان كان صبيا او عبدا محجورا عليه (ولو باعه) اى العبد (الوصى لاجلهم) اى لاجل الغرماء (بامر القاضى) له بالبيع وقبض ثمنه (ثم استحق) العبد (او مات قبل قبضه) اى قبض المشترى من (الوصى وضاع المال) اى ثمن العبد (رجع المشترى) بالثمن (على الوصى) لانه عاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته وكذا الوصى الذى نصبه القاضى لانه نصبه ليكون قائما مقام الميت (وهو) اى الوصى يرجع (على الغرماء) لانه عامل لهم ومن عمل عملا لغيره ولحقه بسببه ضمان يرجع به من يقع له العمل وفى البحر والتقييد بامر القاضى اتفاقى وايعلم حكمه بغير امره بالاولى ولهذا قال الامام الحصيرى وامر القاضى وعدم امره سواء وفى التنوير اخر القاضى الثلث للفقراء ولم يعطهم اياه

حتى

حتى هلك كان الهلاك من مال الفقراء والثلثان للورثة (ولو قال لك قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم او القطع او الضرب فافعله وسعك فعله) ولا يلام عليه عند الله تعالى لان طاعة اولى الامر واجبة وتصديقه طاعة له وقول مثل هذا القاضى حجة وقال محمد آخرا وهو مذهب مالك والشافعى لا يقبل قوله حتى يعاين الحجة لان قول القاضى يحتمل الغلط والتدارك لا يمكن وكثير من مشايخنا اخذوا به وفى عيون المذاهب وبه يفتى لفساد اكثر قضاة زماننا وفى البحر تفصيل فليراجع (وكذا) وسعك فعله (فى) القاضى (العدل غير العالم ان استفسر فاحسن تفسيره) اى لو قال قاض جاهل عادل يلزم ان تسأله عن سببه فان احسن تفسير قصاصه على مقتضى الشرع بان قال مثلا استقصيت المقر به كما هو المعروف وحكمت عليه بالرجم يسع لك فعل ما امر به (والا) اى وان لم يحسن تفسيره (فلا) يسع لك فعل ما امر به لخطائه بسبب الجهل (ولا يعمل بقول غير العدل مطلقا) سواء كان عالما او جاهلا لتهمة الخيانة بفسقه (ما لم يعاين سبب الحكم) اى يعاين سببا شرعيا للحكم فح يعمل بقوله لانتفاء التهمة (ولو قال قاض عزل لشخص اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها) اى بتلك الالف (عليك او قال قضيت بقطع (يدك فى حق فقال) ذلك الشخص (بل اخذتها) اى تلك الالف (او قطعت) يدى (ظلما) متعلق باخذت وقطعت على التنازع (واعترف) ذلك الشخص (بكون ذلك) اى الاخذ او القطع (حال ولايته) اى ولاية القاضى (صدق القاضى ولا يمين عليه) لان المدعى اقر بكون الاخذ فى حال قضائه فكانه رضى بشهادة الظاهر هو ان القاضى لا يظلم فى قضائه لكونه امينا فيما فوض اليه ويقبل قوله بلا يمين لانه لو لزمه اليمين يصير خصما وقضاء الخصم لا ينفذ فيعطل امور الناس وفى القهستانى وقيل وجوبا قول قاض عدل قضيت انا بهذا العقار لزيد مثلا لفقد التهمة وهذا ظاهر الرواية وعن محمد انه رجع الى انه لم يقبل وبه اخذ اكثر المشايخ كما مر آنفا واستفيد من قوله قضيت انا بهذا العقار لزيد ان المقضى او المقضى عليه معلومان والا لا يقبل للتهمة لان القضاة فى زماننا غير معتمد كما فى اكثر الكتب وعلى هذا لم يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى شئ ما كما فى الكرمانى (ولو قال) ذلك الشخص للقاضى (فعلته قبل ولايتك او بعد عزلك وادعى القاضى فعله فى) زمان (ولايته فالقول له) اى للقاضى (ايضا هو الصحيح) لانه متى اعترف انه كان قاضيا صحت اضافة الاخذ الى حالة القضاء لان حالة القضاء معهودة وهى منافية للضمان فصار القاضى بالاضافة الى تلك الحالة منكرا للضمان فكان القول له كما لو قال طلقت او اعتقت وانا مجنون وجنونه كان معهودا وقوله هو الصحيح احترازا عما قال السرخسى اذا زعم المدعى ان القاضى فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعى لان هذا الفعل حادث فيضاف الى اقرب اوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة لان الاصل متى وقعت المنازعة فى الاسناد يحكم الحال (والقاطع او الآخذ ان كانت دعواه كدعوى القاضى ضمن) القاطع او الآخذ (هنا) اى فيما قال المدعى فعلته قبل ولايتك او بعد عزلك (لا) يضمن (فى الاول) اى فيما اعترف المدعى بكون ذلك حال ولايته اى اذا اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضى لم يضمن لان قول القاضى حجة ودفعه صحيح فصار اقراره به كفعله معاينا ولو اقر واحد منهما فى الفصل الثانى بما اقر به القاضى يضمن لانه اقر بسبب الضمان وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لا فى ابطال سبب ضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق وفى التنوير صب شخص دهن الانسان عند الشهود وقال الصاب كانت الدهن نجسة وانكره المالك فالقول للصاب ولو قتل شخص رجلا وقال قتلته لردته او لقتله لم يقبل قوله

(* كتاب الشهادات *) اخرها عن القضاء لانها كالوسيلة وهو المقصود وشروطها كثيرة تأتى فى اثناء المسائل حتى قال صاحب البحر ان شرائطها احد وعشرون وشرائط التحمل ثلاثة وشرائط الاداء سبعة عشر منها عشر شرائط عامة ومنها سبعة شرائط خاصة وشرائط نفس الشهادة ثلاثة وشرط مكانها واحد وسبب وجوبها طلب ذى الحق او خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه ان يشهد عليه بلا طلب انتهى هذا ليس بمسلم لانه لا يجب ان يشهد بدون الطلب مطلقا بل يجب عليه ان يعلم صاحب الحق بانه يشهد له فان دعاه وجب عليه والا فلا يجب بل هو مقيد بان يكون ادعى عند القاضى ولم يجد شاهدا يتم به مدعاه وذلك الشاهد حاضر يجب ان يشهد فهذا فيه طلب حكمى لان المدعى ما ادعى عند الحاكم الا وهو يطلب من يشهد له بحقه كما ذكره المقدسى ومحاسنها كثيرة منها امتثال الامر فى قوله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط وركنها استعمال لفظ الشهادة وحكمها وجوب الحكم على القاضى بما ثبت بها وفى المبسوط والقياس يأبى كون الشهادة حجة ملزمة لانها تحتمل الصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة الا ان هذا القياس ترك بالنصوص والاجماع والشهادة فى اللغة خبر قاطع وقد شهد كعلم وكرم وقد يسكن هاؤه وشهده كسمعه شهودا حضره فهو شاهد وقوم شهود

اى حضور وشهد له بكذا شهادة اى ادى ماعنده فهو شاهد والجمع شهد وتمامه فى البحر فليطالع وفى التبيين هى
اخبار عن مشاهدة وعيان لاعن تخمين وحسبان هذا فى اللغة فلهذا قالوا انها مشتقة من الشهادة التى تنبىء
عن المعاينة وسمى الاداء شهادة اطلاقا لاسم السبب على المسبب انتهى وهو خلاف الظاهر وانما هو معناها
الشرعى ايضا كما فى البحر وعن هذا قال (هى) اى الشهادة (اخبار) شرعى (بحق) اى بمال اوغيره (للغير)
اى حصل لغير المخبر من كل الوجوه كما هو المتبادر فيخرج عنه الانكار فانه اخبار به لنفسه فى يده وكذا دعوى الاصيل
فانه اخبار لنفسه فى يد غيره وكذا دعوى الوكيل فانه ليس باخبار للغير من كل الوجوه كما ظن كما فى القهستانى
(على الغير) فخرج الاقرار اذ هو اخبار على نفسه وتدخل فيه الشهادة بالزنا والبيع ونحوهما (عن مشاهدة الاعن ظن)
واليه الاشارة المصطفوية حيث قال اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والافدع وفى العناية وفى اصطلاح اهل الفقه
عبارة عن اخبار صادق فى مجلس الحكم بلفظة الشهادة فالاخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة وقوله صادق
يخرج الكاذبة وبعده يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات انتهى ويرد عليه قول القائل فى مجلس القاضى
اشهد برؤية كذا لبعض العرفيات والاولى ان يزاد لاثبات حق كما فى الفتح (ومن تعين لتحملها) اى الشهادة
بان لايوجد غيره ممن هو اهل للشهادة (لايسعه ان يمتنع منه) اى من التحمل اذا طلب لان فى الامتناع من التحمل
من تضييع الحقوق وان لم يتعين للتحمل بان يوجد غيره فهو مخير (ويفترض اداؤها) اى اداء الشهادة (بعد التحمل
اذا طلبت) الشهادة (منه) اى من الشاهد لقوله تعالى ولايأب الشهداء اذا مادعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة
ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهذا وان كان نهيا عن الاباء والكتمان لكن النهى عن الشىء يكون امرا بضده اذا كان
له ضد واحد لان الانتهاء لايكون الابالاشتغال به فكان اداء الشهادة فرضا قطعا كفر بضده الانتهاء عن الكتمان
فصار كالامر به بل آكد ولهذا اسند الاثم الى الالة التى وقع بها الفعل وهو القلب لما عرف ان اسناد الفعل
الى محله اقوى من الاسناد الى كله فقوله ابصرته بعينى آكد من قولهم ابصرته واسناده الى اشرف الجوارح دليل
على انه اعظم الجرايم بعد الكفر ثم اداء الشهادة انما يجب اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القضاء وان كان
بعيدا بحيث لايمكن ان يجىء الى القاضى ويرجع بعده فى يومه هذا الى منزله لايأثم بتركها ولو كان شيخا كبيرا
لايقدر على المشى يجوز له الركوب على مركب المدعى والافلا وفى البحر لوشهد عند الشاهد عدلان ان المدعى قبض دينه
او ان الزوج طلقها ثلاثا او ان المشترى اعتق العبد او ان الولى عفى عن القاتل لايسعه ان يشهد بالدين والنكاح
والبيع والقتل (الاان يقوم الحق بغيره) بان يكون فى الصك سواه ممن يقوم به الحق فح لايفترض لان الحق لايضيع
بامتناعه ولانها فرض كفاية وفى الدرر ثم انه انما يأثم اذا علم ان القاضى يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان علم ان القاضى
لايقبل شهادته او كانوا جماعة فادى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت لايأثم وان ادى غيره ولم تقبل شهادته يأثم من لم يؤد
اذا كان ممن تقبل شهادته لان امتناعه يؤدى الى تضييع الحق قال شيخ الاسلام لواخر الشاهد الشهادة بعد الطلب
بلاعذر ظاهر ثم ادى لاتقبل لتمكن التهمة (وسترها) اى ستر الشهادة (فى الحدود افضل) من ادائها يعنى انه يخير بين ان
يظهرها لما فيه من ازالة الفساد او قلته وبين ان يسترها وهو احسن لقوله عليه السلام للذى شهد عنده لوسترته بثوبك
لكان خيرا لك وفى الحديث من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والاخرة وقد صح ان النبى عليه السلام لقن المقر
بالزنا الدرء الحد عنه فشهر وكفى به قدوة وكذلك نقل عن الخلفاء الراشدين واما قوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه فذلك
فى حقوق العباد وفى البحر تفصيل فليطالع (ويقول) الشاهد فى شهادته (فى السرقة) اشهد انه (اخذ) ماله لئلا يلزم ترك
الواجب (لاسرق) المتحرز عن وجوب الحد وضياع المال لان القطع والضمان لايجتمعان فاعتبر فى السرقة الستر مع
الشهادة وحكى ان هارون الرشيد كان مع جماعة الفقهاء وفيهم ابو يوسف فادعى رجل على اخر اخذ ماله من بيته فاقر
بالاخذ فسأل الفقهاء فافتوا بقطع يده فقال ابو يوسف لالانه لم يقر بالسرقة وانما اقر بالاخذ فادعى المدعى
انه سرق فاقر بها فافتوا بالقطع وخالفهم ابو يوسف فقالوا له لم قال لانه لما اقر اولا بالاخذ ثبت الضمان عليه
وسقط القطع فلايقبل اقراره بعده بما يسقط الضمان عنه فعجبوا منه (وشرط للزنا اربعة رجال) من الشهود لقوله
تعالى واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة
شهداء ولفظ اربعة نص فى العدد والذكورة كما فى البحر واورد انكم لاتقولون بالمفهوم فمن اين لكم عدم جواز الاقل
فاجاب الزيلعى انه بالاجماع واورد المعارضة بين هذه وبين قوله فاستشهدوا شهيدين الاية واجاب فى الفتح
بانها مبيحة وتلك مانعة والتقديم للمانع وجه هذا الاشتراط انه تعالى يحب الستر على عباده واوعد بالعذاب
لمن احب اشاعة الفاحشة على المؤمنين وفى اشتراط الاربع ووصف الذكور تحقق معنى الستر (و) شرط

القصاص

للقصاص او بقية الحدود) وكذا لاسلام كافر ذكر وردة مسلم كما فى التنوير (رجلان) لقوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم فلاتقبل شهادة النساء لقول الزهرى مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفتين
من بعده ان لاشهادة للنساء فى الحدود والقصاص ولشبهة البدلية لانها قائمة مقام شهادتهم والحال ان الحدود
والقصاص تندرئ بالشبهات (و) شرطت (للولادة والبكارة وعيوب النساء مما لايطلع عليه الرجال امرأة) حرة
مسلمة لقوله عليه السلام شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى باللام واللام يراد به الجنس
فيتناول الاقل وهو الواحد وهو حجة على الشافعى فى اشتراط الاربع وهو قول عطا بناء على ان كل امرأتين
مقام رجل واحد وعلى مالك فى اشتراط امرأتين وهو قول الثورى لانه لما سقط اعتبار الذكورة بقى العدد معتبرا
وفيه اشارة الى ان الرجل لوشهد لاتقبل شهادته وهو محمول على ما اذا قال تعمدت النظر اما اذا شهد بالولادة
فاجأنها فاتفق نظرى عليها تقبل شهادته اذا كان عدلا كما فى المبسوط هذا اذا تأيد الشهادة بالاصل لانها لوقالت
هى بكر يأجل القاضى فى العنين سنة لان شهادتها تأيدت بالاصل هو البكارة ولو قالت هى ثيب لاتقبل لانها
تجردت عن المؤيد وكذا فى رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى
قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع كما فى الهداية فان قلت لوثبت العيب بقولهن لايحلف البائع بل ترد
عليه الجارية فكيف يكون تحليف البائع نتيجة لثبوت العيب وثبوت العيب انما هو مثبت للرد لاللتحليف قلت
معناه العيب يثبت بقولهن فى حق سماع الدعوى وحق التحليف حتى انهن لو لم يقلن انها ثيب لبس للمشترى
ولاية التحليف (وكذا) شرط شهادة امرأة واحدة (لاستهلال المولود فى حق الصلوة) عليه بالاجماع لانها
من امور الدين (لافى) حق (الارث) عند الامام لانه مما يطلع عليه الرجال (وعندهما فى حق الارث ايضا) اى كما
تقبل شهادتها له فى حق الصلوة لانه صوت عند الولادة ولايحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس
الولادة وبقولهما قال الشافعى واحمد وهو الارجح كما فى الفتح (و) شرط (لغير ذلك) المذكور من الحدود والقصاص
ومالايطلع عليه الرجال (رجلان او رجل وامرأتان مالا كان) الحق (او غير مال كالنكاح والرضاع والطلاق
والوكالة والوصية) والرجعة واستهلال صبى للارث والعتاق والنسب وقال الشافعى لاتقبل شهادة النساء مع الرجال
الافى الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل وقصور الولاية
واختلال الضبط ولكن قبلت فى الاموال ضرورة باعتبار كثرة وجودها وقلة خطرها فيقتصر عليها وبه قال
مالك واحمد فى رواية ولنا ماروى ان عمر وعليا رضى الله تعالى عنهما اجازا شهادة النساء مع الرجال فى النكاح والفرقة
والاصل قبول شهادتهن لوجود ماتبتنى اهلية الشهادة وهى المشاهدة والضبط والاداء ومايتعرض لهن
من قلة الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة ولهذا لاتقبل فيما يندرئ بالشبهات
وهذه الحقوق تثبت بالشبهات وانما لاتقبل شهادة الاربع من غير رجل كيلا يكثر خروجهن كما فى الهداية وغيرها
وقال صاحب العناية ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل وقصور الولاية والجواب عن الاول انه لانقصان
فى عقلهن فيما هو مناط التكليف وبيان ذلك ان للنفس الانسانية اربع مراتب الاولى استعداد العقل ويسمى العقل
الهيولانى وهو حاصل لجميع افراد الانسان فى مبدأ فطرتهم والثانية ان تحصل البديهيات باستعمال الحواس
فى الجزئيات فيتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكرة ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة ان تحصل
النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة هو ان يستحضرها
ويلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف هو العقل بالملكة فهن نقصان
بمشاهدة حالهن فى تحصيل البديهيات باستعمال الحواس فى الجزئيات وبالتنبيه ان شئت فانه لوكان فى ذلك
نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال فى اركان وليس كذلك وقوله عليه السلام ناقصات عقل المراد به
العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثانى ايضا به فتأمل انتهى
(وشرط للكل الحرية) فلاتقبل شهادة العبد (والاسلام) فلاتقبل شهادة الكافر على المسلم ومافى الفتح من ان الذمى
اهل للشهادة فى الجملة محمول فيما اذا شهد الكافر على مثله (والعدالة) وهى كون حسنات الرجل اكثر من سيئاته وهى
الانزجار عما يعتقده حراما فى دينه وهذا يتناول الاجتناب من الكبائر وترك الاصرار على الصغائر وعن ابى يوسف
ان الفاسق اذا كان وجيها ذا مروة تقبل شهادته والاول اصح الا ان القاضى لوقضى بشهادة الفاسق يصح عندنا
خلافا للشافعى ولنا ان العدالة شرط وجوب العمل بالشهادة لاشرط اهلية الشهادة لان الفاسق اهل للقضاء
والشهادة الاان يمنع الخليفة من القضاء بشهادة الفاسق فح لاينفذ القضاء بشهادة الفاسق (و) شرط (لفظ الشهادة)

اى لفظ اشهد فى جميع ماتقدم لورود عبارة النص كذلك ولكونه من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب
بهذا اللفظ اشد (ولا تصح) الشهادة (لوقال اعلم او اتيقن) مكان اشهد مخالفا لما نطق به الكتاب واعلم ان كل موضع
لا يشترط فيه لفظ الشهادة كطهارة الماء والموت وهلال رمضان لا يكون الواقع فيه من قبيل الشهادة الشرعية
بل من قبيل الاخبار (ولا يسئل قاض عن شاهد) كيف هو (بلا طعن خصم) عند الامام عملا بظاهر عدالة المسلم
لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف فان طعن الخصم يسأل القاضى فى السر
ويزكى فى العلانية (الا فى حد وقود) فانه يسأل القاضى فى السر ويزكى فى العلانية فيهما طعن الخصم اولا بالاجماع
لانه يحتال لاسقاطهما فيشترط الاستقصاء فيهما (وعندهما يسأل فى سائر الحقوق سرا وعلنا) وان لم يطعن
الخصم لان بناء القضاء على الحجة وهى شهادة العدل قيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان
لان عصره مشهود بالخير لكونه قرنا ثالثا وعصرهما مسكوت عنه لكونه قرنا رابعا اذ نشأ فيه الكذب لتغير احوال
الناس (وبه) اى بقول الامامين (يفتى فى زماننا) لان الفساد فى هذا العصر اكثر كما فى اكثر المعتبرات ومحل السؤال
على قولهما عند جهل القاضى بحالهم ولذا قال فى البحر نقلا عن الملتقط القاضى اذا عرف الشهود بجرح او عدالة
لا يسأل عنهم (ويجزئ الاكتفاء بالسر) فى زماننا تحرزا عن الفتنة والتزكية فى السر ان يبعث القاضى امينا الى
المعدل العدل ويكتب اليه كتابا فيه اسم الشاهد ونسبه ومحلته ومسجده فيسأل عن جيرانه واصدقائه فاذا عرفهم
بالعدالة يكتب هو عدل فاذا عرفهم بالفسق يكتب الله اعلم او لا يكتب شيئا احترازا عن كشف السر واذا
لم يعرفهم بالعدالة او بالفسق يكتب هو مستور ويرده الى القاضى سرا كيلا يظهر فيخدع والتزكية فى العلانية ان
يجمع القاضى بين المعدل والشاهد فى مجلسه لتنتفى شبهة تعديل غيره (ويكفى للتزكية) ان يقال (هو عدل فى الاصح)
لان من نشأ فى دار الاسلام فى زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام ولهذا لا يسأل القاضى عن حرية الشاهد
واسلامه ما لم ينازعه الخصم (وقيل لابد من قوله عدل جائز الشهادة) لان العبد او المحدود فى قذف اذا تاب
قد يكون عدلا مع انه لا تجوز شهادة كل واحد منهما (ولا يصح تعديل الخصم بقوله هو عدل لكن اخطأ) شهادته
(او نسى) كيفية الوقعة هكذا قال الامام يعنى تعديل المدعى عليه الشهود لا يصح ومراده على قول من يرى السؤال
عن الشهود واما على قوله فلا يتأتى ذلك لانه لا يرى السؤال عن الشهود ونظيره المزارعة فانه لا يراها ومع هذا فرع
عليها على قول من يرى وعنهما انه تجوز تزكيته وهو قول الائمة الثلاثة لكن عند محمد لابد من ضم آخر اليه لانه لا يجوز
تعديل الواحد عنده ووجه الظاهر ان فى زعم المدعى وشهوده ان المدعى عليه ظالم كاذب فى الجحود وتزكية الكاذب
الفاسق لا تصح واطلق الخصم ولم يقيده لكن قيده صاحب المنح بما اذا كان لم يرجع اليه فى التعديل لانه اذا كان ممن يرجع
اليه فى التعديل صح قوله كما صرح به فى البزازية فعلى هذا لو قيده كما قيد صاحب المنح لكان اولى (فان قال) الخصم (هو
عدل صدق) اى عادل صادق (ثبت الحق) اى حق المدعى لانه اقرار منه بثبوت الحق بخلاف ما لو قال هم عدول ولم يزد
عليه حيث لا يلزمه شئ لانهم مع كونهم عدولا يجوز منهم النسيان والخطأ فلا يلزم من كونه عدلا ان يكون كلامه
صوابا كما فى الدرر لكن فى البحر نقلا عن الصدر الشهيد انه يكون مقرا بقوله صدقوا فيما شهدوا به على وبقوله
هم عدول فيما شهدوا به على (ويكفى الواحد لتزكية السر والترجمة والرسالة الى المزكى) يعنى يصلح الواحد
ان يكون مزكيا للشاهد ومترجما عن الشاهد ورسولا من القاضى الى المزكى عند الشيخين لان التزكية من امور الدين
فلا يشترط فيها الا العدالة حتى تجوز تزكية العبد والمرأة والاعمى والمحدود فى القذف التائب لان خبرهم مقبول فى الامور
الدينية (والاثنان احوط) لان فيه زيادة طمانينة (وعند محمد لابد من الاثنين) وهو قول الائمة الثلاثة لان التزكية فى معنى
الشهادة لان ولاية القاضى تبتنى على ظهور العدالة فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة ومحل الاختلاف
ما اذا لم يرض الخصم بتزكية الواحد فان رضى يجوز اجماعا هذا فى تزكية السر اما فى تزكية العلانية يشترط جميع
ما يشترط فى الشهادة من الحرية والبصر وغيرهما سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها اظهر
ولذا يختص بمجلس القاضى وعن هذا قال (وتشترط الحرية فى تزكية العلانية دون السر) وكذا يشترط العدد
فيها على ما قاله الخصاف ويشترط فى تزكية شهود الزنا اربعة ذكور عند محمد كما فى الهداية ❊ فصل (❊ لما فرغ
من ذكر مراتب الشهادة شرع فى بيان انواع ما يتحمله الشاهد وهو نوعان الاول ما يثبت بنفسه بلا اشهاد والثانى
ما لا يثبت بنفسه بل يحتاج الى اشهاد فشرع فى الاول وقال (يشهد بكل ما سمعه) من المسموعات (او رآه) من المبصرات
(كالبيع والاقرار وحكم الحاكم) مثال ما كان من المسموعات كما فى الفرائد لكن يمكن ان يكون مثالا لهما كما فى البحر
(والغصب) والقتل مثال ما كان من المبصرات (وان) وصلية لم يشهد من الافعال مبنى للمفعول (عليه) اى على ما ذكر

من جانب

من جانب المدعى لان كل واحد منها مثبت الحكم بنفسه (ويقول اشهد) انه باع او اقر لانه عاين السبب فوجبت عليه
الشهادة به كما عاين وهذا اذا كان البيع بالعقد فظاهر وان كان بالتعاطى فكذا لان حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد
وجد وقيل لا يشهدون على البيع بل على الاخذ والاعطاء لانه بيع حكمى وليس ببيع حقيقى كما فى التبيين لكن فى البزازية
ولو شهدوا بالبيع جاز ولابد من بيان الثمن فى الشهادة على الشراء لان الشراء بثمن مجهول لا يصح (لا) يقول (اشهدنى)
فيما لا اشهاد فيه لانه غير واقع فيكون كذبا وفى التبيين ولو سمع من وراء الحجاب لا يسعه ان يشهد لاحتمال ان يكون
غيره اذ النغمة تشبه النغمة الا اذا كان فى الداخل وحده وعلم الشاهد انه ليس فيها غيره ثم جلس فيها غيره ثم جلس على
المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل به العلم وينبغى للقاضى اذا فسر له الا يقبله وقالوا
اذا سمع صوت امرأة من وراء الحجاب لا يجوز ان يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار قال الفقيه ابو الليث
اذا اقرت امرأة من وراء حجاب وشهد عنده اثنان انها فلانة بنت فلان بن فلان لا يجوز لمن سمع اقرارها ان يشهد عليها
الا اذا رأى شخصها حال ما اقرت فح يجوز ان يشهد على اقرارها برؤية شخصها لا رؤية وجهها قال ابو بكر
الاسكاف المرأة اذا حسرت عن وجهها فقالت انا فلانة بنت فلان بن فلان وقد وهبت لزوجى مهرى فان الشهود
لا يحتاجون الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان بن فلان ما دامت حية اذ يمكن للشاهدان يشير اليها فان ماتت
فح يحتاج الشهود الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان بن فلان كما فى الدرر ثم شرع فى النوع الثانى فقال
(ولا يشهد على شهادة غيره اذا سمع ادائها) اى لا يشهد على شهادة شاهد من سمع الشهادة سواء سمع بمجلس القاضى
او غيره لان هذه الشهادة غير مثبت الحكم بنفسه بل بالقاضى فيستلزم التحميل مع انه لم يحمله حيث لم يشهد
(عليه او اشهاد الغير عليها) اى لا يشهد على شهادة شاهد من سمع اشهاده على الشهادة (ما لم يشهد هو) اى شاهد
(الاصل عليها) اى على الشهادة توضيحه قال شاهد لشخص اشهد منى ان فلانا اقر عندى بكذا فسمع آخر هذا
القول لا يجوز للسامع ان يشهد لان كلا من الشهادة والاشهاد غير مثبت الحكم بنفسه بل بالنقل الى مجلس القضاء
وذا يستلزم التحميل والانابة وهو لم يوجد لانه ما حمله بالاشهاد وانما حمل غيره قيل ان سمع عند القاضى ان الشاهد
يشهد بشهادة حل للسامع ان يشهد (ولا يعمل شاهد ولا قاض ولا راو بخطه ما لم يتذكر) اى لا يحل للشاهد اذا رأى
خطه ان يشهد الا ان يتذكر ولا للقاضى اذا وجد ديوانه مكتوبا بشهادة شهود ولا يحفظ انهم شهدوا بذلك
او قضية قضاها ان يحكم بتلك الشهادة ولا ان يمضى تلك القضية ولا للراوى اذا وجد مكتوبا بخطه او بخط غيره
وهو معروف انه قرأ على فلان ونحوه ان يروى حتى يتذكر الشهادة او القضية او الرواية قيل هذا عند الامام
لان الشهادة والقضاء والرواية لا يحل الا عن علم ولا علم هنا لان الخط يشبه الخط (وعندهما يجوز) كل من
الشهادة والقضاء والرواية (ان كان الخط محفوظا فى يده) وان لم يتذكر الحادثة لوقوع الامن من الزيادة
والنقصان فيكون الخلاف ح فيما اذا كان محفوظا فى يده فعنده لا يجوز سواء كان الخط محفوظا فى يده اولا
وعندهما يجوز ان كان محفوظا فى يده والا فلا وقال بعضهم الخلاف مطلق فعند الامام لا يجوز مطلقا
وعندهما يجوز مطلقا لان الظاهر انه خطه والعمل بالظاهر واجب لكن فى البحر وغيره وجوز محمد فى الكل وجوزه
ابو يوسف للراوى والقاضى دون الشاهد قال شمس الائمة الحلوانى ينبغى ان يفتى بقول محمد وجزم فى البزازية بانه
يفتى بقول محمد وفى السراج وما قاله ابو يوسف هو المعول عليه وفى المنح وقولهما هو الصحيح فعلى هذا ينبغى لمص
التفصيل (ولا يشهد) احد (بما لم يعاينه) بالاجماع لما تلوناه آنفا (الا النسب) بان فلانا ابن فلان او اخوه (والموت) بان
فلانا قد مات (والنكاح) بان فلانا تزوج فلانة (والدخول) بان فلانا تزوج فلانة (ودخل) بها (وولاية القاضى) بان فلانا
قد ولى القضاء من جهة فلان الامام (واصل الوقف) بان فلانا وقف هذه الضيعة مثلا هذا اذا لم يسند الى المالك
كما قررناه فى آخر الوقف والقياس ان لا تجوز الشهادة بالتسامع فى المسائل المذكورة ايضا ووجه الاستحسان ان
هذه الامور تختص لمعاينة اسبابها وهم خواص الناس وتتعلق بها الاحكام فلو لم تقبل الشهادة فيها بالتسامع لتعطلت
احكامها بخلاف البيع ونحوه قوله اصل الوقف احتراز عن شرائطه لما فى البزازية وفى الوقف انها تقبل بالتسامع
على اصله لا على شرائطه وهو الصحيح وكلما يتعلق بصحة الوقف ويتوقف عليه فهو من اصله وما لا تتوقف
عليه الصحة فهو من الشرائط وفى الفصول العمادية المختار ان لا تقبل الشهادة بالشهرة على شرائط الوقف وفى المجتبى
المختار ان تقبل كما بيناه فى آخر الوقف وظاهر التقييد بما ذكر من الاشياء الستة يدل على عدم قبولها به فى غيرها
من الولاء والعتق واختلف فى نقل الاختلاف فى العتق فنقل السرخسى عدم قبولها فيه اجماعا ونقل الحلوانى انه
على الاختلاف المنقول فى الولاء فعن ابى يوسف الجواز فيهما ومن ذلك المهر وظاهر التقييد انه لا تقبل فيه به

والكن فى البزازية والظهيرية والخزانة ان فيه روايتين والاصح الجواز وتمامه فى البحر فليطالع (اذا اخبره بها) اى
فله ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره (من يثق به من عدلين او عدل وعدلتين) لانه اقل نصاب يفيد نوع العلم الذى
يبتنى عليه الحكم فى المعاملات قوله اذا اخبره يدل على ان لفظة الشهادة ليست بشرط فى الكل واما الذى يشهد
عند القاضى فلابد له من لفظها وشرطت فى العناية لفظة الشهادة على ما قالوا والاكتفاء باخبار رجلين او رجل
وامرأتين قولهما اما على قول الامام فلا تجوز الشهادة مالم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع فى قلبه صدق الخبر
(وفى الموت يكفى العدل) ولو كانت (انثى هو المختار) كما فى الفتح وغيره لان الناس يكرهون تلك الحالة فلا يحضره غالبا
الا واحد عدل او واحدة عدلة وفى التبيين انه لابد من خبر عدلين فى الكل الا فى الموت وصحح فى الظهيرية ان الموت
كغيره وانما تشترط العدالة فى المخبر فى غير المتواتر اما فى المتواتر فلا يشترط العدالة ولا لفظ الشهادة كما فى الخلاصة
وفى البحر وغيره وفى الموت مسئلة عجيبة هى اذا لم يعاين الموت الا واحد ولو شهد عند القاضى لا يقضى بشهادته
وحده ماذا يصنع قالوا يخبر بذلك عدلا مثله واذا سمع منه حل له ان يشهد على موته فيشهد هو مع ذلك الشاهد
فيقضى بشهادتهما (ويشهد من راى جالسا بمجلس القضاء) حال كون الجالس (يدخل عليه الخصوم انه قاض)
اى يحل ان يشهد الرائى على ان ذلك الجالس قاض وان لم يعاين تقليد الامام اياه لان ذلك علامة ظاهرة له (و) يشهد
(من رأى رجلا وامرأة يسكنان معا) فى بيت (وبينهما انبساط الازواج انها زوجته) اى حل له ان يشهد
بذلك وان لم يعاين عقد النكاح وظاهره الاكتفاء بالرؤية لكن ذكر غيره انه لابد من الاخبار بانها زوجته كما فى التبيين
(و) يشهد (من رأى شيأ سوى الادمى فى يد متصرف) عرف بوجهه واسمه ونسبه (فيه تصرف الملاك انه) اى ذلك
الشئ (له) اى للمتصرف (ان وقع فى قلبه) اى قلب الرائى (ذلك) اى كونه له وان لم يعاين اسباب الملك لان اليد اقصى
ما يستدل به على الملك اذ هى مرجع الدلالة فى الاسباب كلها فيكتفى بها وفى البحر قوله ان وقع فى قلبه ذلك رواية
عن ابى يوسف قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسير الاطلاق محمد فى الرواية وفى الفتح قال الصدر الشهيد وبه نأخذ
فهو قولهم جميعا انتهى ومن ثمه قيده بوقوعه فى القلب فلو رأى درة فى يد كناس او كتابا فى يد جاهل لا يشهد بالملك له
بمجرد يده كما فى البزازية (والادمى) اى لو راى شيئا وهو ادمى (ان علم رقه او كان صغيرا لا يعبر عن نفسه) اى لا يكون
مميزا (فكذلك) يعنى يحل للرائى فى يد متصرف فيه تصرف الملاك ان يشهد بالملك لذى اليد لان الرقيق لا يكون
فى يد نفسه وكذلك الصغير الذى لا يعبر عن نفسه لا يد له فثبت يد المولى عليه حقيقة فصار كالمتاع وان كان كبيرا
او صغيرا يعبر عن نفسه ولم يعلم رقه لا يحل للرائى ان يشهد بالملك لذى اليد لان لهما يدا على نفسهما تدفع يد الغير
عنهما فانعدم دليل الملك وعن الامام انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب وانما يشهد بالملك لذى اليد
بشرط ان لا يخبره عدلان بانه لغيره فلو اخبراه لم تجز له الشهادة بالملك له كما فى الخلاصة وفى البحر ان القاضى اذا رأى
عينا فى يد رجل فانه يجوز له القضاء بالملك له كما فى البزازية وغيرها وبه ظهر ان قول الزيلعى فى تقرير ان الشاهد
اذا فسر للقاضى انه عن سماع او معاينة يد لم يقبله لان القاضى لا يجوز له ان يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية
نفسه فى يد انسان سهو انتهى وفيه كلام لان مراد الزيلعى ان القاضى لا يقضى به قضاء محكما مبرما بحيث لو ادعى
الخصم لا يقبل منه بدليل انه صرح قبيل هذا بانه يقضى به قضاء ترك يعنى انه يترك فى يد ذى اليد ما دام خصمه لا يجد له
كما ذكره المقدسى تدبر (ولو فسر) الشاهد (للقاضى انه شهد بالتسامع) فى موضع يجوز فيه ان يشهد بالتسامع بان يقول
انى اشهد على هذا بالاستماع (او بمعاينة اليد) بان يقول اشهد به لانى رأيته فى يده (لا يقبلها) اى لا يقبل القاضى شهادته
الا فى الوقف والموت فتقبل لو فسر للقاضى انه اخبره من يثق به على الاصح قال يعقوب باشا وذكر فى بعض
الشروح ان الشهادة فى الوقف تقبل وان فسرها وفى النسب والنكاح ايضا وان فسرها فى الاصح وفى الموت
ان كان مشهورا وان فسرها بانه سمعه وان لم يعاين انتهى لكن اذا اسند الى من يوثق به كما فى البحر وفى الزاهدى
شهدا فيما يصح بالشهرة وقالا لم نعاين ولكن اشتهر عندنا تقبل (ومن شهد انه حضر دفن زيد او صلى عليه قبلت)
شهادته بالاتفاق (وهو) اى حضور دفن زيد او صلوته عليه (عيان) للموت حكما حتى لو فسر للقاضى قبل
لانه لم يشهد الا بما علم فوجب قبولها *(باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)* لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة
وما لا تسمع شرع فى بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع وقدم ذلك على هذا لانه محال الشهادة والمحال شروط
والشروط مقدمة على المشروط كما فى العناية لكن المشروط هو الشهادة لا من تسمع منه الشهادة تأمل وفى البحر
يقال قبلت القول حملته على الصدق كذا فى المصباح والمراد من يجب قبول شهادته على القاضى ومن لا يجب
لا من يصح قبولها ومن لا يصح لان من جملة ما ذكره من لا تقبل الفاسق وهو لو قضى بشهادته صح بخلاف العبد

والصبى والزوجة والولد والاصل لكن فى خزانة المفتين اذا قضى بشهادة الاعمى او المحدود فى القذف اذا تاب
او بشهادة احد الزوجين مع آخر لصاحبه او بشهادة الوالد لولده او عكسه حتى لا يجوز للثانى ابطاله وان رأى
ابطاله انتهى فالمراد من عدم القبول عدم حله انتهى (لا تقبل شهادة الاعمى) عند الطرفين سواء كان فيما يسمع
او لا لان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وهى غير معتبرة
لشبهها بنغمة اخرى وقال زفر وهو رواية عن الامام تقبل فيما يجرى فيه التسامع لانه فى السماع كالبصير وفى البحر
واختاره فى الخلاصة وعزاه الى النصاب جازما به من غير حكاية خلاف انتهى لكن لم يذكر فى الخلاصة انه مختار
وانما قال وفى النصاب وشهادة الاعمى لا تجوز الا فى النسب والموت وما تجوز الشهادة فيه بالشهرة والتسامع فكان
ينبغى ان يقول وجزم به فى النصاب من غير ذكر خلاف كما ذكره المقدسى (خلافا لابى يوسف) والشافعى فى الدين
والعقار (فيما اذا تحملها بصيرا) وانما قيدنا بالدين والعقار لان المنقول لا تقبل شهادته اتفاقا لانه يحتاج الى الاشارة
والدين يعرف ببيان الجنس والوصف والعقار بالتحديد وكذا فى الحدود لا تقبل اتفاقا قيد بقوله ان تحملها بصيرا
لانه ان تحملها اعمى لا تقبل اتفاقا كما فى شرح المجمع وغيره لكن المراد اتفاق غير مالك والا فعنده مقبولة قياسا
على قبول روايته تدبر وفى الهداية ولو عمى بعد الاداء يمتنع القضاء عند الطرفين لان قيام اهلية الشهادة شرط
وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت
انتهت وبالغيبة ما بطلت وعند ابى يوسف لا يمتنع القضاء لانه لا اثر فى نفس قضاء القاضى للعمى العارض للشاهد
بعد اداء شهادته فيكون الاداء عنده حجة (و) لا تقبل (شهادة المملوك) سواء كان قنا او مدبرا او مكاتبا او ام ولد
او معتق البعض (والصبى) لان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لهما (الا ان تحملا) اى الشهادة (حال الرق
والصغر واديا بعد العتق والبلوغ) لانهما اهل للتحمل لان التحمل بالمشاهدة والسماع ويبقى الى وقت الاداء
بالضبط وهما لا ينافيان ذلك وهما اهل عند الاداء واشار الى ان الكافر اذا تحملها على مسلم ثم اسلم فاداها تقبل
وكذا الزوج اذا تحملها لامرأته فابانها ثم شهد لها وفى الخلاصة ومتى ردت الشهادة لعلة ثم زالت العلة فشهد
فى تلك الحادثة لا تقبل الا فى اربعة العبد والكافر على المسلم والاعمى والصبى وفى النصاب اذا شهد المولى لعبده
فردت ثم شهد بعد العتق لا تقبل والمراد من الصغر ان يكون صاحب تمييز لان مطلق الصغر ليس باهل لتحمل
الشهادة فعلى هذا لو قال والتمييز مكان الصغر كما فى التنوير لكان اولى وفيما قاله يعقوب باشا من انه لا يجوز للقاضى
ان يقبل شهادة المملوك ويحكم به وان حكم لا يصح لانه غير مجتهد فيه فيه كلام لان صاحب الكافى قال ورد شهادة
المملوك والصبى خلافا لمالك فيهما فيكون ان مجتهدا فيهما تتبع (ولا) تقبل (شهادة المحدود فى قذف) اى لقذفه
(وان) وصلية (تاب) عندنا لقوله تع ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا وقوله تع الا الذين تابوا استثناء منفصل لان قوله تعالى
اولئك هم الفاسقون كلام مبتدأ ليس من جنس الاول اذ هو اخبار وما قبله امر ونهى فلا يمكن اثبات الشركة بينهما
فى المعنى فاذا صار منقطعا عن الاول لا ينصرف الاستثناء المذكور الى ما قبله وفى البحر والاوجه انه متصل وتمامه
فى الفتح فليراجع ولان رد شهادته من تمام حده وفيه اشارة الى ان الشهادة قبل الحد تقبل وفى المبسوط لا تسقط
شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد وعن الامام سقوطها بضرب الاكثر وعنه ايضا سقوطها بضرب واحد
وعند الائمة الثلاثة تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا اذ الاستثناء متى يعقب كلمات معطوفات ينصرف الى جميع
ما تقدم ولان الموجب لرد شهادته فسقه وقد ارتفع بالتوبة لكن رد الشهادة لاجل انه حد لا للفسق ولهذا لو اقام اربعة
بعد ما حد على انه زنى تقبل شهادته بعد التوبة فى الصحيح لانه لو اقامها قبله لم يحد فكذا لا ترد شهادته كما فى التبيين فعلى
هذا لو قيد بقوله ان لم يقم بينة على صدق مقالته لكان اولى تدبر (الا ان حد كافرا ثم اسلم) فتقبل على الكافر وعلى اهل
الاسلام ضرورة لان هذه الشهادة شهادة اخرى حدثت بعد الاسلام ولم يلحقها رد بسبب الحد بخلاف العبد اذا حد
ثم عتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة للعبد اصلا فى حال رقه فيتوقف الرد على حدوثها فاذا حدث كان رد شهادته
بعد العتق من تمام حده (و) لا تقبل (الشهادة لاصله وان) وصلية (علا) سواء كان الجد صحيحا او فاسدا (و فرعه
وان سفل) لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولان المنافع بينهما على وجه الاتصال فلا يخلو
من تمكن التهمة ولهذا تقبل على اصله وفرعه الا اذا شهد الجد على ابنه لابن ابنه فانها لا تقبل اطلق الفرع فشمل الولد
من وجه فلا تقبل شهادة ولد الملاعن لاصوله او هو له او لفروعه لثبوته من وجه وتقبل شهادة الولد من الرضاع له
وتجوز شهادة الرجل لام زوجته وابيها ولزوج ابنته ولامرأة ابنه (وعبده) اى ولا تقبل شهادة المولى لعبده
سواء كان للعبد دين او لم يكن لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة المولى لعبده ولانه شهادة من نفسه من وجه

ومكاتبه) لكونه عبدا رقبة (و) لاتقبل (من احد الزوجين للاخر) لقوله عليه السلام لاتقبل شهادة المرأة لزوجها
ولا الزوج لامرأته وقال الشافعي تجوز بلا فرق وفي الخانية ان شهد الرجل لامرأة بحق ثم تزوجها بطلت شهادته
ولو شهد لامرأته وهو عدل ولم يرد الحاكم شهادته حتى طلقها باينا وانقضت عدتها روى ابن شجاع ان القاضي
ينفذ شهادته وبه علم ان الزوجية انما تمنع منها وقت القضاء لا وقت الاداء ولا وقت التحمل كما في البحر وفي كلام
الخانية اشارة الى ان القاضي لاينفذ شهادته في العدة لما في القنية طلقها ثلاثا وهي في العدة لاتجوز شهادته لها
ولا شهادتها له انتهى فعلى هذا لو قيده بقوله ولو في عدة من ثلاث لكان اولى تدبر (و) لا تقبل شهادة (الشريك
لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه مدع لنفسه فلو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة (و) لا
تقبل (شهادة المخنث الذي يفعل الردى) لارتكابه المعصية والمراد من المخنث هو الذي يتشبه بالنساء باختياره
في الاقوال والافعال واما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر خلقة فهو مقبول الشهادة وفي البحر المخنث
بكسر النون وفتحها فان كان الاول فهو بمعنى المتكسر في اعضائه المتلين في كلامه تشبها بالنساء وان كان
الثاني فهو الذي يعمل به لواطة (و) لاشهادة (النائحة) في مصيبة غيرها ولو بلا اجر (والمغنية) لارتكابهما
الحرام فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قيدنا بمصيبة غيرها لانها لو ناحت في مصيبتها
تقبل وكذا المراد بالتغني بين الناس فمجرد التغني لم يسقط العدالة كما في القهستاني (و) لا تقبل شهادة (العدو
بسبب دنياه على من عاداه) لان العداوة لاجل الدنيا حرام فيظهر بالشهادة عليه عداوته اما اذا شهد
لمنفعته قبلت لعدم ظهور فسقه من عداوته فيحمل على تركها وفي القنية ان العداوة بسبب الدنيا لا تمنع ما لم يفسق
بسببها او يجلب بها منفعة او يدفع بها عن نفسه مضرة وما في الواقعات وغيرها اختيار المتأخرين واما الرواية
المنصوصة فبخلافها فانه اذا كان عدلا تقبل شهادته وهو الصحيح وعليه الاعتماد وتمامه في البحر فليطالع (ومدمن
الشرب على اللهو) سواء شرب الخمر او المسكر من المحرمات اذ بالادمان والاعلان يظهر فسقه هذا اذا شرب
على اللهو اما اذا شرب للتداوي فلا يسقط العدالة لكون الحرمة مختلفا فيها وفي اكثر المعتبرات قالوا انما شرط الادمان
ليكون ذلك ظاهرا منه عند الناس لان من اتهم بشرب الخمر في بيته لا تبطل عدالته وان كان كبيرة وانما تبطل اذا
ظهر ذلك او خرج سكران فيسخر منه الصبيان لان مثله لايحترز عن الكذب فينبغي ان لايكون المراد من الادمان
الادمان في النية بان يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجد كما في النهاية لانه لايظهر الشرب منه كما لايخفى وقيل
المراد من مدمن الشرب على اللهو غير شارب الخمر لان شاربها مردود الشهادة ولو قطرة فلا حاجة لابطال شهادته
الى الادمان ولا الى شربها على اللهو وقال الصدر الشهيد ان الخصاف يسقط العدالة بشرب الخمر من غير ادمان
ومحمد شرط الادمان لسقوطها وهو الصحيح وتمام التحقيق في البحر فليطالع (ومن يلعب بالطيور) لشدة غفلته
واصراره على نوع لهو ولانه غالبا ينظر الى العورات في السطوح وغيرها وهو فسق فاما اذا امسك الحمام
للاستيناس ولا يطيرها فلا تزول عدالته لان امساكها في البيوت مباح (او) يلعب (بالطنبور) لكونه من اللهو
والمراد من الطنبور كل لهو يكون شنيعا بين الناس احترازا عما لم يكن شنيعا كضرب القضيب فانه لايمنع قبولها
الا ان يتفاحش بان يرقصون به فيدخل في حد الكبائر (او يغني للناس) لانه يجمع الناس على الكبيرة كما في الهداية
وظاهره ان الغنا كبيرة وان لم يكن للناس بل لاسماع نفسه للوحشة وهو قول شيخ الاسلام فانه قال بعموم المنع
والامام السرخسي انما منع ما كان على سبيل اللهو ومنهم من جوزه لاسماع نفسه دفعا للوحشة وهو الصحيح
كما في اكثر المعتبرات ومنهم من جوزه في عرس او وليمة ومنهم من جوزه ليستفيد به نظم القوافي وفصاحة
اللسان ومنهم من كرهه مطلقا ومنهم من اباحه مطلقا (او يلعب بالنرد) من غير شرط المقامرة او تفويت الصلوة
(او يقامر بالشطرنج او تفوته الصلوة بسببه) اي بسبب الشطرنج لظهور الفسق بترك الصلوة وكذا بالمقامرة
اما بدونهما لايمنع العدالة لان للاجتهاد فيه مساغا لقول مالك والشافعي باباحته وهو مروي عن ابي يوسف
واختارها ابن الشحنة اذا كان لاحضار الذهن واختار ابو زيد حله وفي النوازل سئل ابو القاسم عن من ينظر الى
لاعبه من غير لعب ايجوز فقال لن يصير فاسقا وقد سوى بين النرد والشطرنج في الكنز فقال او يقامر بالنرد
والشطرنج وليس كذلك والحاصل ان العدالة انما تسقط اذا وجد واحد من خمسة القمار وفوت الصلوة
بسببه واكثار الحلف عليه واللعب به على الطريق او يذكر عليه فسقا والا فلا بخلاف النرد فانه مسقط مطلقا
كما في البحر وانما لم يذكر الثلاثة الاخيرة لانها معلومة فلا تساهل في تركها (او يرتكب ما يوجب الحد) اي يأتي
نوعا من الكبائر الموجبة للحد لوجود تعاطيه بخلاف اعتقاده وذا دليل قلة ديانته فلعله يجترئ على الشهادة

زورا كما في الكافي وفي الدرر هذا مخالف لما نقلناه عنه في شرب الخمر سر الكن التوفيق بينهما ان المراد
بارتكاب ما يحد به لبس ارتكاب ما من شانه ان يحد به بل ارتكاب ما يحد به بالفعل ولا يكون ذلك الا باظهاره
واطلاع الشهود عليه وفي البحر الاعانة على المعاصي والحث عليها كبيرة ولاتقبل شهادة بايع الاكفان وقيد
السرخسي بما اذا ترصد لذلك العمل والا فتقبل لعدم تمنيه الموت والطاعون ولاتقبل شهادة الصكاكين
لانهم يكتبون بخلاف الواقع والصحيح قبولها اذا غلب عليهم الصلاح ولاتقبل شهادة الطفيلي والرقاص
والمجازف في كلامه والمسخرة بلا خلاف ولاتقبل شهادة من يشتم اهله ومماليكه كثيرا الاحيانا وكذا الشتام
للحيوان ولاتقبل شهادة البخيل والذي اخر الفرض بعد وجوبه ان كان له وقت معين كالصلاة والصوم ولاتجوز
شهادة تارك الجماعة الا بتأويل ولا تارك الصلاة وكذا تارك الجمعة بغير عذر ولاتقبل شهادة اهل السجن بعضهم
على بعض وذكر ابن وهبان لاتقبل شهادة الاشراف من اهل العراق لانهم قوم يتعصبون وفي البحر فعلى هذا
كل متعصب لاتقبل شهادته انتهى فينبغي ان لا تقبل شهادة العلماء بعضهم على بعض لانهم متعصبون
او يأكل الربوا لانه من الكبائر اي يأخذ القدر الزائد والمراد بالاكل الاخذ وشرط في المبسوط ان يكون
مشهورا باكل الربوا لان التجار قلما يتخلصون عن الاسباب المفسدة للعقد وكل ذلك ربوا فلابد من الاشتهار
كما في الدرر (او يدخل الحمام بلا ازار) لان كشف العورة حرام ومع ذلك يدل على عدم المبالاة (او يفعل
ما يستخف به كالبول والاكل على الطريق) لانه تارك المروة وكذا كل من يأكل غير السوق في السوق بين الناس
والمراد بالبول على الطريق اذا كان بحيث يراه الناس وكذا غيرهما في المباحات القادحة في المروة كصحبة الاراذل
والاستخفاف بالناس وافراط المزح والحرف الدنية من نحو الدباغة والحياكة والحجامة بلا ضرورة كما
في القهستاني لكن في البحر الصحيح القبول اذا كانوا عدولا ومثله النخاسون والدلالون (او يظهر سب واحد)
من (السلف) وهم الصحابة والعلماء المجتهدون رضوان الله تع عليهم اجمعين لان هذه الافعال تدل على قصور
عقله ومروته ومن لم يمتنع عنها لايمتنع عن الكذب كما في الدرر وزاد في الفتح العلماء ولو قال او يظهر سب مسلم لكان
اولى لان العدالة تسقط نسب مسلم بان لم يكن من السلف كما في النهاية وغيرها قيد بالاظهار لانه لو كتمه تقبل
كما في الهداية (وتقبل الشهادة لاخيه وعمه) ولسائر الاقارب غير الولاد (ومحرمه رضاعا ومصاهرة) كام امرأته
وزوج بنته وامرأة ابيه وابنه لان الاملاك ومنافعها متميزة بينهم ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض فلا يتحقق التهمة
(و) تقبل (شهادة اهل الاهواء) مطلقا سواء كان على اهل السنة او بعضهم على بعض او على الكفرة اذا لم يكن
اعتقادهم مؤديا الى الكفر كما في الذخيرة وهم اهل القبلة الذين معتقدهم غير معتقد اهل السنة في بعض الامور
كالجبرية والقدرية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة وكل منهم اثنى عشر فرقة على ما هو المذكور
في الكتب الكلامية وقال الشافعي لاتقبل شهادة كلها لاشتداد فسقهم ولنا ان فسقهم كان من حيث الاعتقاد
ولم يوقعهم في هذا الهوى الا تدينهم فصار كمن يشرب المثلث او يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك
بخلاف الفسق من حيث التعاطي (الا الخطابية) هم قوم من غلات الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف
عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكن التهمة في شهادتهم فلاتقبل (و) تقبل شهادة (الذمي
على مثله) اي على ذمي آخر (و) ان وصلية (اختلفا) ملة كاليهود والنصارى اذ الكفر ملة واحدة وقال ابن
ابي ليلى لاتقبل ان تخالفا اعتقادا وفي الغرر وتقبل من كافر على عبد كافر مولاه مسلم او على حر كافر موكله مسلم بلا عكس
(وتقبل) شهادة الذمي (على المستأمن) لان الذمي اعلى حالا منه لكونه من اهل دارنا ولهذا يقتل المسلم بالذمي
لا بالمستأمن (دون عكسه) اي لاتقبل شهادة المستأمن على الذمي لقصور ولايته عليه لكونه ادنى حالا منه
(و) تقبل شهادة (المستأمن على مثله ان كانا من دار واحدة) حتى لو كانا من اهل دارين كالروم والترك لاتقبل لان الولاية
فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لايجري التوارث بينهما وقال الشافعي ومالك لاتقبل شهادة اهل
ملة على اهل ملة اخرى (و) شهادة (عدو بسبب الدين) اي بامر ديني لانه لايكذب لدينه كاهل الاهواء
هذا تصريح بما علم ضمنا لانه يفهم من قوله ولاتقبل شهادة العدو بسبب الدنيا (و) تقبل شهادة (من الم بصغيرة)
اي ارتكب صغيرة بلا اصرار عليها (ان اجتنب الكبائر) اي كل فرد من افراد الكبائر كما في اكثر الكتب لكن
في القهستاني نقلا عن الخلاصة المختار اجتناب الاصرار على الكبائر فلو ارتكب كبيرة مرات قبل شهادته واختلفوا
في الكبيرة والاصح انه ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله والدين (وغلب صوابه على خطائه) اي كثرت
حسناته بالنسبة الى سيئاته ممن اجتنب الكبائر وفي الاختيار ولابد ان يكون صلاحه اكثر من فساده معتاد الصدق

مجتنبا عن الكذب صحيح المعاملة فى الدينار والدرهم مؤديا للامانة قليل اللهو والهذيان قال عمر رضى الله عنه
لاتغرنكم طنطنة الرجل فى صلاته انظروا الى حاله عند درهم ودينار اما الامام بمعصية لايمنع قبول الشهادة
لما فى اعتبار ذلك من سد باب الشهادة انتهى (و) تقبل شهادة (الاقلف) لاطلاق النصوص عن قيد الختان
لكونه سنة عندنا اطلقه تبعا لما فى الكنز لكن قيده قاضيخان وغيره بان يتركه لعذر كالكبر اوخوف الهلاك
اما اذا تركه على وجه الاعراض عن السنة او الاستخفاف بالدين فلا تقبل فالامام لم يقدر بوقت وغيره من وقت
الولادة الى عشر سنين وقيل الى اثنا عشر (و) تقبل شهادة (الخصى) فان عمر رضى الله عنه قبل شهادة
علقمة الخصى ولانه قطع منه عضو ظلما كما لوقطعت يده ظلما وكذا الاقطع اذا كان عدلا لما روى ان النبى عليه
السلام قطع يد رجل فى سرقة ثم كان بعد ذلك يشهد فتقبل شهادته كما فى المنح (و ولد الزنا) لان فسق
الابوين لايوجب فسق الولد خلافا لمالك (والخنثى) ان لم يكن مشكلا وان كان مشكلا يجعل امرأة
فى حق الشهادة احتياطا وينبغى ان لاتقبل فى الحدود والقصاص كالنساء (والعمال) والمراد بهم عمال السلطان الذين
يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج ونحوه عند الجمهور لان نفس العمل ليس بفسق فتقبل الا اذا كانوا اعوانا
على الظلم فلاتقبل كما فى البحر وقيل العامل اذا كان وجيها فى الناس ذامروة لايجازف فى كلامه تقبل والحاصل انهم
كانوا عدولا تقبل والافلا وقيل اراد بالعمال الذين يعملون و يواجرون انفسهم للعمل لان من الناس من رد شهادة
اهل الصناعات الخسيسة فافرد هذا المسئلة لاظهار مخالفتهم و فى البحر وذكر الصدران شهادة الرئيس لاتقبل
وكذا الجابى والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى فى بلادنا شيخ البلد ومثله المعرفون فى المراكب والعرفا فى جميع
الاصناف وضمان الجهات فى بلادنا لانهم كلهم اعوان على الظلم كما فى الفتح (و) تقبل شهادة (المعتق) بفتح التاء
لمعتقه) وعكسه لانه لاتهمة وقد قبل شريح شهادة قنبر وهو جد سيبويه لعلى رضى الله عنه وكان عتيقه وفيه اشعار
بان العتيق لوكان منهما لم تقبل ولذا قال فى الخلاصة ولوشهد العبدان بعد العتق على الثمن كذا عند اختلاف البايع
والمشترى لاتقبل لانهما يجران لانفسهما نفعا باثبات العتق لانه لولاشهادتهما لتخالفا وفسخ البيع المقتضى
لابطال العتق وفى المنح ولايعارض ما فى الخلاصة لواشترى غلامين واعتقهما فشهد لمولاهما على انه قداستوفى الثمن
جازت شهادتهما لانهما لايجران بها نفعا ولايدفعان مغرما وشهادتهما بان البايع ابرأ المشترى من الثمن كشهادتهما بالايفاء
كما فى الخانية (والمعتبر حال الشاهد وقت الاداء لا) وقت (التحمل) كما بيناه (ولوشهدا) اى ابناء الميت (ان اباهما
اوصى الى زيد) اى جعله وصيا (وزيد يدعيه) اى الايصاء قال المولى سعدى والمراد من قوله والوصى يدعى اى الوصى
رضى انتهى لكن الدعوى يستلزم الرضاء بطريق ذكر الملزوم وارادة اللازم تدبر (قبلت) شهادتهما (وان انكر)
ذلك الوصى (فلا) اى لاتقبل شهادتهما لان القاضى لايملك اجبار احد على قبول الوصية (ولوشهدا ان اباهما الغائب
وكله) اى زيدا بقبض دينه او وكله بالخصومة (لاتقبل وان) وصلية (ادعاه) لان القاضى لايملك نصب الوكيل
عن الغائب بتعيينهما فشهادتهما تصير لنفعهما اذ يمكن ان تواضعا مع الوكيل على اخذ المال فلاتقبل للتهمة بخلاف
مسئلة الوصية لان القاضى يملك نصب الوصى عند الطلب والحاجة فبشهادتهما اولى وهذا استحسان والقياس
يمنع الجواز لانهما قصدا من يقوم باحياء حقوقهما فلا تقبل للتهمة والظاهر ان الضمير فى قوله وان ادعاه يرجع
الى الوكالة اى وان ادعى الوكيل الوكالة فعلى هذا لوقال وان ادعاها بالتأنيث لكان اظهر (ولوشهد دائنا ميت)
اى لوشهد غريمان لهما على الميت دين (انه) اى الميت (اوصى الى زيد) اى جعله وصيا (وهو) اى زيد (يدعيه)
اى الايصاء (قبلت) شهادتهما كما اذا شهد ابدين على الميت لرجلين ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بدين على الميت
تقبل شهادتهما عند الطرفين لان كل فرق يشهد بالدين فى الذمة ولاشركة له فى ذلك وانما تثبت الشركة فى المقبوض
بعد القبض وقال ابو يوسف لاتقبل لان احد الفريقين اذا قبض شيئا من التركة بدينه بشركة الفريق (آخر)
فصار كل شاهدا لنفسه كما فى المنح (وكذا لوشهد مديوناه) اى لوشهد مديونا ميت ان الميت اوصى الى زيد وهو يدعيه
قبلت شهادتهما استحسانا والقياس يمنع الجواز فى الصورتين لان الدائنين قصدا من يؤدى حقهما والمديونين
قصدا البرأة بالدفع اليه فلاتقبل للتهمة (او) شهد (من اوصى لهما) بان الميت قد اوصى الى زيد وهو يدعيه
(او) شهد (وصياه) بان الميت قد اوصى الى زيد وهو يدعيه قبلت استحسانا والقياس يمنع الجواز فى الصورتين لانهما
ارادا نصب من يوصل حقهما فى الاولى ونصب من يعينهما على التصرف فى مال الميت فى الثانية فالنفع يرجع اليهما
(فلاتقبل) لايقال بان الميت اذا كان له وصيان فالقاضى لايحتاج الى نصب آخر لانه يملكه لاقرارهما بالعجز عن القيام
بامور الميت بخلاف ما اذا كان الوصى جاحدا فى جميع هذه الصور لان القاضى لايملك اجبار احد على قبول الوصاية

كما مر آنفا ولابد من كون الموت معروفا فى الكل اى ظاهرا الا فى مسئلة الغريمين للميت عليهما دين فانها تقبل
وان لم يكن الموت معروفا وفى البحر ولوشهد الوصى بعد العزل للميت ان خاصم لا تقبل والا تقبل كما لوشهد الوكيل
بعد عزله للموكل ان خاصم لا تقبل والا تقبل ثم قال نقلا عن البزازية واما شهادة الوصى بحق للميت على غيره بعد
ما اخرجه القاضى عن الوصاية قبل الخصومة او بعدها لا تقبل وكذا لوشهد الوصى بحق للميت بعد ما ادركت الورثة
لا تقبل ولوشهد الوصى لبعض الورثة على الميت اذا كان المشهود له صغيرا لا تجوز اتفاقا وان بالغا فكذلك عنده
وعندهما تجوز ولوشهد لكبير على اجنبى تقبل فى ظاهر الرواية ولوشهد للوارث الكبير والصغير فى غير ميراث
لم تقبل ولوشهد الوصيان على اقرار الميت بشئ معين لوارث بالغ تقبل انتهى (ولا تقبل الشهادة) حال كونها
مشتملة (على جرح مجرد) اى جارحية مجردة اى لم يترتب عليه ما يترتب على الجرح من دفع الخصومة عن المشهود
عليه واذا يقال له الجرح المفرد (وهو) اى الجرح المجرد (ما يفسق به) شاهد المدعى المعدل فان الحكم لم يجز
قبل التعديل لاسيما اذا جرح وعند الشافعى تسمع ويحكم به وكذا نقل عن الخصاف (من غير ايجاب حق للشرع)
كوجوب الحد (او للعبد) كوجوب المال فلواوجبه تقبل (نحو) ان يشهدوا (هو) اى الشاهد (فاسق او آكل ربوا
او انه استأجرهم) او شارب خمر فى وقت او زان فى وقت او على اقرارهم انهم شهدوا بزور او ان المدعى مبطل
فى هذه الدعوى او انه لاشهادة لهم على المدعى عليه فى هذه الحادثة وانما لم تقبل هذه الشهادات بعد التعديل
لان العدالة بعد ما ثبتت لاترتفع الاباثبات حق الشرع او العبد وليس فى شئ مما ذكر اثبات واحد منهما بخلاف
ما اذا وجدت قبل التعديل فانها كافية فى الدفع ومن القواعد المقررة ان الدفع اسهل من الرفع وهو السر
فى كون الجرح المجرد مقبولا قبل التعديل ولو من واحد ولذا قيدنا بالمعدل وغير مقبول بعده بل يحتاج الى نصاب
الشهادة واثبات حق الشرع او العبد كما فى الدرر فعلى هذا لوقال ولا تقبل الشهادة بعد التعديل كما فى الغرر لكان
اولى (وتقبل) الشهادة (على اقرار المدعى بفسقهم) اى بفسق شهوده لانهم ما ظهر والفاحشة بل حكوا عنه
والاقرار مما يدخل تحت الحكم فهذه الشهادة ليست على جرح مجرد بخلاف الشهادة على اقرار الشهود مع انه
لايدخل تحت الحكم لان فيه هتك الستر وبه يثبت الفسق فلا تقبل (و) تقبل (على انهم) اى الشهود (عبيد)
او احدهم عبد (او) انهم (محدودون فى قذف او) انهم (شاربوا خمر) الآن ولم يتقادم العهد اذ لوكان متقادما
لا تقبل كما مر وكذا تقبل على انهم سرقوا منى كذا او زنوا النسوة بلا تقادم ما لم يزل الريح فى الخمر ولم يمض شهر فى الباقى
(او) انهم (قذفة) لفلان وهو يدعيه فان الكل يوجب حقا للشرع وهو الرق فى العبد والحد فى الباقى (او) انهم
شركاء المدعى شركة مفاوضة والمدعى مال لوجود التهمة كما اذا شهد ولد المدعى او والده (او انه) اى المدعى
(استأجرهم لها) اى للشهادة (بكذا واعطاهم ذلك) اى الاجر (مما عنده) اى من الشئ الذى عنده فيكون
ما موصولة وفى بعض النسخ من مالى عنده اى من مالى الذى كان عنده لان المدعى عليه خصم فى ذلك
فثبت الجرح بناء عليه (او) انهم على (انى صالحتهم بكذا) من المال (ودفعته) اى المال (اليهم) اى الى الشهود
(على ان لايشهدوا على) بهذا الباطل (فشهدوا) فعليهم ان يردوا المال على لانهم اخصام فى ذلك (ومن شهد
ولم يبرح) اى لم يزل عن مجلس القاضى (حتى قال اوهمت بعض شهادتى) منصوب على نزع الخافض اى فى بعض
شهادتى (قبل ان كان عدلا) والمراد بالقبول قبول شهادته لاقبول قوله اوهمت لما فى الهداية فان كان عدلا
جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اى اخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه
ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فان كان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه فى اوان المجلس وهو عدل
بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعى بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط
ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف المجلس وعلى هذا
اذا وقع الغلط فى بعض الحدود او فى بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام
اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجرى مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن الشيخين
انه يقبل قوله فى غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه انتهى وفى الدرر اذا تذكر لفظا بعد ما شهد فى شهادته
فذكره يقبل اذا لم يكن فيه مناقضة واطلق فى الجامع الصغير والمحيط انه اذا لم يبرح عن مكانه جاز ذلك اذا كان
عدلا ولم يشترط عدم المناقضة وانه شرط حسن ذكره الزاهدى (* باب الاختلاف فى الشهادة *) تأخير الاختلاف
فى الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق اصلا والاختلاف انما يعارض الجهل والكذب فاخره
وضعا للتناسب كما فى العناية (شرط موافقة الشهادة الدعوى) لانها لو خالفتها فقد كذبتها والدعوى

الكاذبة لايعتبر وجودها والشرط توافقهما فى المعنى دون اللفظ حتى لوادعى المدعى الغصب فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك تقبل كما فى اكثر الكتب ومافى الوقاية من انه شرط من موافقة الشهادة الدعوى كاتفاق الشاهدين لفظا ومعنى مخالف لمافى اكثر الكتب تدبر ثم فرعه فقال (فلوادعى دارا شراء اوارثا وشهدا) اى الشاهدان (بملك مطلق ردت) شهادتهما لانهما شهدا باكثر مما ادعاه المدعى لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فان الملك فى المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق بزوايده ولا كذلك فى الملك الحادث ويرجع الباعة بعضهم الى بعض فيه فصارا غيرين (وفى عكسه) اى ادعى ملكا مطلقا وشهدا بملك بسبب كالشراء اوالارث (تقبل) الشهادة لانهم شهدوا باقل مما ادعاه فلم تخالف شهادتهما الدعوى لمطابقة معنى (وكذا شرط اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى) لان القضاء لايجوز الا بحجة وهى شهادة المثنى فالم يتفقا فيما شهدا به لاتثبت الحجة مطلقا والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى وهذا عند الامام وقالا الاتفاق فى المعنى هو المعتبر لاغير والمراد بالاتفاق فى اللفظ تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق الوضع لابطريق التضمن حتى لوادعى رجل بمائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر باربعة وآخر بخمسة لم تقبل عنده لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضى باربعة لاتفاق الشاهدين الاخرين فيها معنى ثم فرعه فقال (فلاتقبل) الشهادة (لوشهد احدهما بالف اومائة اوطلقة) وشهد (الآخر بالفين وبمائتين وبطلقتين اوثلاث) عند الامام لعدم الاتفاق لفظا ولان الدلالة على الاقل بالتضمن غير معتبر الايرى انه لوشهد احدهما بانه قال لامرأته انت خلية وشهد الآخر انه قال انت برية لايثبت شئ وان اتفق المعنى كما لوادعى غصبا اوقتلا فشهد احدهما به والآخر بالاقرار به حيث لاتقبل وكذا فى كل قول جمع مع فعل لاتقبل كما لوادعى عليه الفا فشهد احدهما انه دفع لهذا المدعى عليه الفا وشهد الآخر على اقرار المدعى عليه بها لايجمع لان هذا قول وفعل وذكروا انه لايجمع بين القول والفعل كما فى المنح (وعندهما) والائمة الثلاثة (تقبل على الاقل) اى على الالف اوالمائة اوالطلقة عند دعوى الاكثر لاتفاقهما على الاقل معنى من غير قدح ولوادعى الاقل لايثبت شئ عندهم لان المدعى مكذب لشاهد الاكثر وفى النهاية ان كانت المخالفة بينهما فى اللفظ دون المعنى تقبل كما لوشهد احدهما على الهبة والآخر على العطية لان اللفظ ليس بمق فى الشهادة بل المق ماصار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة فى ذلك لاتصير المخالفة فيما سواها وكذا اذا شهد احدهما بالنكاح والآخر بالتزويج تقبل ذكره فى المحيط ولم يحك فيه خلافا وفى البحر تفصيل فليطالع (ولوشهد احدهما بالف والآخر بالف ومائة والمدعى يدعى الاكثر) اى الفا ومائة (قبلت) شهادتهما (على الالف اتفاقا) لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنى وقد انفرد احدهما بالف ومائة بالعطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت مااتفقا عليه قيد بدعوى الاكثر لانه لوادعى الاقل بان قال لم يكن الا الالف اوسكت عن دعوى المائة الزائدة لاتقبل لظهور تكذيبه الشاهد فى الاكثر الا اذا ادعى التوفيق بان قال كان اصل حقى الفا ومائة لكن ابرأت المائة عنها اواستوفيت قبلت للتوفيق (وكذا مائة ومائة وعشرة) يعنى لوشهد احدهما بمائة والآخر بمائة وعشرة والمدعى يدعى الاكثر تقبل على مائة اتفاقا (و) كذا (طلقة وطلقة ونصف) اى شهد احدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف تقبل اتفاقا على طلقة ان ادعى الاكثر بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لاتقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما عطف وفى البحر شهد احدهما على خمسة عشر والآخر على عشرة وخمسة والمدعى يدعى خمسة عشر ينبغى ان تقبل (ولوشهدا بالف اوبقرض الف وقال احدهما) اى احد الشاهدين (قضى منها) اى من الالف (كذا) اى خمسمائة مثلا (قبلت) شهادتهما (على الالف) لاتفاقهما على وجوب الالف (لا) تقبل (على القضاء) لانه شهادة فرد (مالم يشهد به) اى الاان يشهد معه (آخر) وعن ابى يوسف انه يقضى بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لادين الاخمسمائة (وينبغى) اى يجب (لمن علمه) اى علم قضاء بعضه (ان لايشهد) بالالف كلها (حتى يقر المدعى به) اى بما قبض كى لايكون معينا على الظلم (ولوشهدا بقتله) اى بقتل شخص (زيدا يوم النحر بمكة) وشهد (آخران بقتله) اى بقتل ذلك الشخص (اياه) اى زيدا (فيه) اى فى يوم النحر (بكوفة ردتا) بالاجماع لان احديهما كاذبة بيقين ولامجال للترجيح لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لايتكرر وكذا لواختلفا فى الزمان اوالالة التى قتل بها ردتا ايضا قيد بكون المشهود به القتل لانهم لوشهدوا على اقرار القاتل بذلك فى وقتين اومكانين تقبل كما فى البحر (فان قضى باحدهما) اى باحد الشهادتين (اولا بطلت) الشهادة (الاخيرة) بالاجماع لان الاولى ترجحت على الاخرى باتصال القضاء بها فلاتنتقض بالثانية (ولوشهدا بسرقة بقرة واختلفا) اى الشاهدان (فى لونها) اى فى لون البقرة اطاق اللون فشمل جميع الالوان

وهو

وهو الصحيح اى قال احدهما حمراء والآخر صفراء اوقال احدهم اسوداء والآخر بيضاء (قطع) اى قبلت شهادتهما وقطعت يد السارق عند الامام لانهما اختلفا فيما ليس فى صلب الشهادة ولذا لوسكتا عن ذكر اللون تقبل شهادتهما مع ان التوفيق ممكن بين اللونين لان السرقة تكون فى الليالى غالبا ويكون التحمل فيها من بعيد فيتشابه عليهما اللونان او يجتمعان بان يكون السواد من جانب فاحدهما يراه والبياض من جانب والاخر يراه وفى الاصلاح ويرد عليه انه احتيال فى ايجاب الحد والاصل خلاف ذلك وماقيل فى دفعه انه صيانة للحجة عن التعطل وانما يجب الحد ضرورة ضعيف كما لايخفى ولوقيل يثبت المال لامكان التوفيق ويسقط الحد لمكان الشبهة لكان اوفق للاصول واقرب الى العقود (وان اختلفا فى الذكورة والانوثة) اى قال احدهما سرق ذكرا والاخر قال انثى لايقطع اتفاقا لعدم تطابق الشاهدين فى المعنى لاختلافهما فى جنسين متباينين (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (لايقطع فيهما) اى فيما اختلفا فى لونها وفيما اختلفا فى الذكورة والانوثة لان البقرة البيضاء غير السوداء فكانا سرقتين مختلفتين ولم يتم على واحد نصاب الشهادة فصار كالاختلاف فى الذكورة والانوثة قيل هذا الاختلاف فيما اذا ادعى سرقة بقرة فقط من غير تقييد بوصف فاذا ادعى سرقة بقرة سوداء او بيضاء فاختلفا الشاهدان لاتقبل اجماعا كما لاتقبل عند اختلافهما فى المروى والهروى فى سرقة الثوب لان المدعى كذب احدهما (وفى الغصب) يعنى لوشهدا بغصب بقرة واختلفا فى لونها (لاتقبل اتفاقا) لان التحمل فيه بالنهار غالبا على قرب منه فلايشتبه عليهما وفى التنوير وفى العين تقبل (ولوشهد واحد بالشراء اوالكتابة بالف) متعلق بهما (و) شهد (الآخر) بالشراء اوالكتابة (بالف ومائة ردت) شهادتهما لان المق اثبات السبب وهو العقد فالبيع بالف غير البيع بالف ومائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولافرق بين ان يكون المدعى هو البايع والمشترى وبين ان يدعى اقل المالين او اكثرهما كما سيجئ وكذا لواختلفا فى مقدار بدل الكتابة لاتقبل شهادتهما لما قررناه (وكذ العتق على مال والصلح عن قود والرهن والخلع ان ادعى العبد) فى الصورة الاولى (والقاتل) فى الثانية (والراهن) فى الثالثة (والمرأة) فى الرابعة لان هؤلاء لايقصدون اثبات المال بل اثبات العقد وهو مختلف فلاتقبل (وان ادعى الآخر) اى المولى فى العتق على مال وولى المقتول فى الصلح عن قود والمرتهن فى الرهن والزوج فى الخلع بان يدعى مولى العبد انى اعتقتك على الف ومائة وقال العبد على الف اوادعى ولى القصاص صالحتك على الف ومائة وقال القاتل على الف وكذا الباقيان (كان كدعوى الدين) فيماذكر من الوجوه من انها تقبل على الالف اذا ادعى الفا بالاتفاق واذا ادعى الفين لاتقبل عنده خلافا لهما وان ادعى الاقل من المالين تعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى فى الدين ومائة وفى الرهن اذا كان المدعى هو الراهن لاتقبل لعدم الدعوى لانه لمالم يكن له ان يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة فكانت كان لم تكن وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضى باقل المالين اجماعا وفى العناية والدرر كلام فليطالع (والاجارة كالبيع عند اول المدة) يعنى اذا كانت الدعوى فى الاجارة فى اول المدة قبل استيفاء المعقود عليه واختلف الشاهدان لاتقبل كما لاتقبل عند الاختلاف فى البيع للحاجة الى اثبات العقد سواء ادعى الموجر اوالمستأجر وسواء كانت الدعوى باقل المالين اواكثرهما (وكالدين بعدها) اى بعد المدة فثبت مااتفق عليه الشاهدان وهو الاقل مااذا كان المدعى هو الاجر فانه لاحاجة الى اثبات العقد واما ان كان المستأجر فلان ذلك منه اعتراف بمال الاجارة فيجب عليه مااعترف به من غير حاجة الى اتفاق الشاهدين او اختلافهما وهذا ان ادعى الاكثر وان اقل لاتقبل شهادة من شهد بالاكثر لان المدعى يكذبه وفى بعض الشروح فان كان الدعوى من المستأجر فهو دعوى العقد بالاجماع وهو فى معنى الاول لان الدعوى اذا كانت فى العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه كما فى العناية (وفى النكاح) تقبل الشهادة (بالف) اذا اختلف الشاهدان فى قدر المهر بان شهد احدهما بالنكاح بالالف والاخر بالف ومائة عند الامام (استحسانا) لان المال فى النكاح تابع ومن حكم التابع ان لايغير الاصل ولذا لايبطل بنفيه ولا يفسد بفساده وكذا لايختلف باختلافه اذا اتفقا على الاصل وهو الملك والحل فيلزم القضاء به فيبقى المهر مالا منفردا وقضى باقل المالين (ولافرق فيه بين دعوى الاقل اوالاكثر) وهو الصحيح وبين كون الدعوى من الزوج اوالزوجة وهو الاصح لان المنظور اليه هو النكاح وهو لايختلف باختلاف المهر لكونه غير مقصود فلزم اكذاب شاهد الاكثر عند دعوى الاقل لايضر فى ثبوت النكاح وقيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هى المدعية فان كان المدعى هو الزوج لاتقبل اجماعا (وقالا) وهو قول الائمة الثلاثة (ردت) الشهادة (فيه) اى فى النكاح (ايضا) اى كما فى البيع ولايقضى بشئ لان المق من الجانبين اثبات السبب اذ النكاح بالف غير النكاح

بالف ومائة وذكر فى الامالى قول ابى يوسف مع قول الامام فالعمل بالاستحسان اولى وفى الشمنى وغيره ولو اختلف الشاهدان فى الزمان والمكان فى البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل ولو اختلفا فى الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبل وفى البحر تفصيل فليراجع (ولابد من الجر فى شهادة الارث) يعنى اذا ادعى الوارث عينا فى يد انسان انها ميراث ابيه وشهدا ان هذه كانت لابيه لايقضى له حتى يجر الميراث حقيقة (بان يقول الشاهد مات وتركه ميراثا للمدعى) او حكما كما اشار اليه بقوله (اومات) وهذا ملكه (اوفى يده) ونصرفه اما ان قال انه كان لابنه لاتقبل شهادته لعدم الجر حقيقة وحكما هذا عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه قال تقبل شهادته بلاجر لان ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث ولهما ان ملك الوارث يتجدد فى الاعيان وان لم يتجدد فى حق الديون ولهذا يجب الاستبراء على الوارث فى الجارية الموروثة ويحل للوارث الغنى لاماكان صدقة على المورث الفقير والمتجدد يحتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا لكن يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ح ضرورة وكذا الشهادة على قيام يده لان الايدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم فى ذلك الوقت ان يسوى اسبابه ويبين ما كان من الودايع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله ان ما فى يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك كما فى العناية والدرر وقال صاحب المنح ولابد مع الجر المذكور من بيان سبب الوراثة واذا شهد وانه اخوه فلابد من بيان انه اخوه لابيه وامه اولاحدهما ولابد من قول الشاهد لاوارث له غيره ولو قال لاوارث له بارض كذا تقبل عنده خلافا لهما وذكر اسم الميت ليس بشرط حتى لو شهدوا انه جده ابوابيه ووارثه ولم يسم الميت تقبل بدون اسم الميت (فان قال) الشاهد (كان هذا الشئ لاب المدعى اعاره من ذى اليد اواودعه اياه قبلت) الشهادة (بلاجر) لان يد المستعير والمودع والمستأجر يد الميت فصار كانه شهد بان اباه مات والمنزل فى يده (وان شهدا ان هذا الشئ كان فى يد المدعى منذ كذا) والحال انه ليس فى يده عند الدعوى ردت شهادتهما وعند ابى يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك (ولو شهدا انه كان ملكه قبلت) فكذا هذا وصار كما لو شهدا بالاخذ من المدعى ووجه الظاهر وهو قول الطرفين ان الشهادة قامت بمجهول فان اليد متنوعة الى يد ملك وامانة وضمان فلا يملك القضاء بالشك بخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد وبخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وعن هذا قال وان شهدا انه كان ملكه قبلت شهادتهما لما مر (ولو اقر المدعى عليه انه كان فى يد المدعى امر بالدفع اليه) اى الى المدعى لان الجهالة فى المقر به لا تمنع صحة الاقرار وكذا يؤمر بدفعه (لو شهدا باقراره) اى اقرار المدعى عليه (بذلك) اى بانه كان فى يد المدعى لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به

* باب الشهادة على الشهادة *

لايخفى حسن تأخير شهادة الفروع عن الاصول (تقبل) الشهادة على الشهادة استحسانا فى جميع الحقوق كالاموال والوقف على الصحيح احياء له وصونا عن اندراسه والتعزير كما فى البحر وفى الاختيار هذا رواية عن ابى يوسف وعن الامام انها لم تقبل وقضاء القاضى وكتابه كما فى الخانية (فى غير حد وقود وان) وصلية (تكررت) مرتين اومرات اى تجوز فى درجات ثم فثم كما تجوز فى درجة وكان القياس ان لا تجوز لان الشهادة عبادة بدنية والنيابة لا تجرى فيها وجه الاستحسان ان الحاجة ماسة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن ادائها لبعض العوارض فلو لم تجز لادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت اى وان بعدت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وعند الائمة الثلاثة تقبل فيما يسقط بها ايضا (وشرط لها) اى لهذه الشهادة (تعذر حضور الاصل) اى اصل الشاهد على القضية لادائها باحد من الاسباب الثلاثة (بموت) اى بموت الاصل كما فى الهداية وغيرها لكن فى القهستانى نقلا عن النهاية ان الاصل اذا مات لاتقبل شهادة فرعه فيشترط حيوة الاصل (او مرض) اى يكون مريضا مرضا لايستطيع به حضور مجلس القاضى وفيه اشعار بانها تقبل اذا كان الاصل مخدرة وهى التى لاتخالط الرجال ولو خرجت لقضاء الحاجة او الحمام كما فى القنية وكذا اذا حبس الاصل فى سجن الوالى واما فى سجن القاضى ففيه خلاف كما فى السراج فعلى هذا ان ذكر الثلثة ليس بحصر (او سفر) شرعى فى ظاهر الرواية وعليه الفتوى لان جوازها عند الحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز بلا ريبة فلو كان الفرع بحيث لو حضر الاصل مجلس الحكم امكنه البيتوتة فى منزله لم تقبل وعند اكثر المشايخ وهو قول الائمة الثلاثة تقبل وعليه الفتوى كما فى السراجية والمضمرات قالوا الاول احسن والثانى ارفع وعن محمد انه يجوز كيف ما كان ولو كان الاصل فى المصر (و) شرط (ان يشهد عن كل اصل اثنان) لان شهادة واحد على شهادة واحد ليس بحجة خلافا لمالك (لا) يشترط (تغاير فرعى

(الشاهدين) بل يكفى الفرعان للاصلين فشهد رجلان على شهادة اصل واحد ثم شهد هذان الشاهدان على شهادة اصل آخر فى حادثة واحدة تقبل عندنا لقول على رضى الله عنه لاتجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ذكره مطلقا من غير تقييد بالتغاير ولم يرد غيره خلافه فحل محل الاجماع خلافا للشافعى بل لابد عنده ان يكون شهود الفرع اربعة لان كل فرعين قاما مقام اصل واحد فصارا كالمرأتين وذكر فى الكنز ان شهد رجلان على شهادة شاهدين انتهى وظاهره ان يكون ذلك شرطا فلاتقبل شهاده النساء على الشهادة كما قاله المقدسى فى الحاوى وليس كذلك بل هو شهود وما وقع فى الكنز اتفاقى لانه يجوز ان يشهد عليها رجل وامرأتان لتمام النصاب وكذا لايشترط ان يكون المشهود على شهادته رجلا لان للمرأة ايضا ان تشهد على شهادتها رجلين او رجلا وامرأتين ويشترط ان يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة كما فى التبيين وغيره (وصفتها) اى الشهادة على الشهادة (ان يقول) الشاهد (الاصل) اى اصل كل من الفريقين عند التحميل مخاطبا للفرع (اشهد) عند الحاجة امر من الثلاثى فلو اشهد رجلا وهناك رجل يسمعه لم يجز له ان يشهد (على شهادتى) فلو لم يذكره لم يجز خلافا لابى يوسف فانه معلوم كما فى المحيط (انى اشهد بكذا) اى بان فلان بن فلان اقر عندى له بالف درهم والجملة بدل من المجرور قيد بقوله على شهادتى لانه لو قال اشهد على بذلك لم يجز له الشهادة وقيد بعلى لانه لو قال بشهادتى لم يجز له كما فى التبيين قيد بالشهادة على الشهادة لان الشهادة بقضاء القاضى صحيحة وان لم يشهد (هما) القاضى عليه وذكر فى الخلاصة اختلافا بين الامام وابى يوسف فيما اذا سمعاه فى غير مجلس القضاء واشار بعدم اشتراط قبوله الى ان سكوت الفرع عند تحمله يكفى لكن لو قال لا اقبل ينبغى ان لا يصير شاهدا كما فى القنية ولا ينبغى ان يشهد الشاهد على شهادة من ليس بعدل عنده (ويقول) الشاهد (الفرع عند الاداء اشهد) على صيغة المتكلم (ان فلانا اشهدنى) ماض من الافعال (على شهادته بكذا وقال لى اشهد) امر من الثلاثى (على شهادتى به) اى بكذا لانه لابد من شهادة الفرع وذكر الفرع شهادة الاصل وذكر التحميل واما لفظا اطول من هذا بان يقول الاصل اشهد بكذا وانا اشهدك على شهادتى فاشهد على شهادتى ويقول الفرع عند القاضى وقت الاداء اشهد ان فلانا يشهد ان لفلان على فلان كذا واشهدنى على شهادته وامرنى بان اشهد على شهادته انا اشهد على شهادته او اقصر منه بان يقول الاصل اشهد على شهادتى بكذا ويقول الفرع اشهد على شهادة فلان بكذا ذكره محمد فى السير الكبير وهو مختار الفقيه ابى جعفر وابى الليث والامام السرخسى وهو اسهل وايسر لكن المص اختار الاوسط لما قالوا خير الامور اوساطها (ويصح تعديل الفرع اصله) وهذا ظاهر الرواية وهو الصحيح كما فى البحر لان الفرع ناقل عبارة الاصل الى مجلس القاضى فبالنقل ينتهى حكم النيابة فيصير اجنبيا فيصح تعديله والمراد ان الفروع معروفون بالعدالة عند القاضى فعدلوا الاصول وان لم يعرفهم بها فلابد من تعديلهم وتعديل اصولهم كما فى المنح وفيه ايماء الى انه يجب ان يكون الاصل عدلا فلو خرس او فسق او عمى او ارتد لم تقبل شهادة فرعه كما فى الخزانة والى انه لو غاب كذا سنة ولم يعلم بقاؤه على عدالته قبلت شهادة فرعه ان كان الاصل رجلا مشهورا كما فى الذخيرة (و) يصح تعديل (احد الشاهدين) الفرعين الذى هو عدل عند القاضى الفرع (الاخر) الذى لم تعلم عدالته لانه من اهل التزكية وقيل لاتقبل لانه انما يعدل ليصير مقبول الشهادة وهى منفعة لنفسه فيتهم ولايخفى انه مغن عن السابق وشامل لتعديل الاصلى فرعه اذا حضر وقد صح ذلك كما فى القهستانى (فان سكت) اى الفرع (عنه) اى عن تعديل الاصل (جاز ونظر) اى نظر القاضى (فى حاله) اى حال الاصل كما لو حضر الاصل بنفسه ويسئل عن عدالة الاصل غير الفرع لكون الاصل مستورا وان ثبتت عدالته تقبل شهادة فرعه (عند ابى يوسف) وهو المختار لان الواجب على الفرع هو النقل لا التعديل اذ يخفى عليه عدالته (وقال محمد ترد شهادته) لانه لاشهادة الا بالعدالة واذا لم يعرف الفرع عدالة الاصل لايجوز نقله فترد شهادة الفرع على شهادته (وتبطل شهادة الفرع) قبل الحكم (بانكار الاصل الشهادة) اى الاشهاد بان قالوا لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا اوغابوا ثم شهد الفروع لم تقبل لان التحمل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وتقرر الاصل على شهادته شرط لصحتها بخلاف ما لو اشهده على شهادته ثم نهاه عنها لم يصح نهيه كما فى التنوير قيد بالانكار لانه لو سئل فسكت لم يبطل الاشهاد وقيدنا بقبل الحكم لانه لو انكر بعد الحكم لم تبطل لما قال يعقوب باشا فى حاشيته ومراده من بطلان شهادة الفروع عدم قبولها واما الحكم الواقع قبل الانكار فلا يبطل (وان شهدا على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية) انها اقرت لفلان بكذا (وقالا) اى الفرعان (اخبرانا) اى الاصلان (انهما يعرفانها) اى الفلانة (وجاء المدعى بامرأة) منكرة (لم يدريا) الفرعان (انها) اى هذه المرأة (هى) اى الفلانة (ام لا قيل له) اى قال القاضى للمدعى قد ثبت لك الحق على فلانة بنت فلان الفلانية وهذا لانهما نقلا كلام الاصول

كما تحملا وقولهما لاندرى اهى هذه ام لايوجب جرحا فى الشهادة لانهما لم يعرفاها فقدعرفها الاصول
الاانها غيرتامة لكونها عامة اذعددهم لايحصى ولذا قال له (هات شاهدين انها هى) لان التعريف
بالنسبة قدتحقق بشهادتهما والمدعى يدعى ان تلك النسبة للحاضرة وهى منكرة فلابد من اثبات انها لها
(وكذا فى نقل الشهادة) وهوكتاب القاضى الى القاضى لانه فى معنى الشهادة على الشهادة الاان القاضى لكمال ديانته
ووفور ولايته ينفرد بالنقل وانما صورها فى المرأة مع ان الحكم كذلك لغلبة عدم المعرفة فى المرأة (فان قالا)
اى الشاهدان (فيهما) اى فى الشهادة والنقل فلانة بنت فلان (التميمية لايجوز) قولهما الان مثل هذه النسبة
غيرتامة فى التعريف لكونها عامة مع كونها فى امرأة (حتى ينسباها الى فخذها) وهى القبيلة الخاصة يعنى
عندعدم ذكرالجد وهذا لان التعريف لابد منه فى هذا ولايحصل بالنسبة العامة كالنسبة الى بنى تميم فقط لانهم
قبائل كثيرون لايحصى عددهم ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة (والتعريف يتم بذكر الجد او الفخذ
(اوبنسبة خاصة) ثم بينها بقوله (والنسبة الى المصر او المحلة الكبيرة عامة والى السكة الصغيرة خاصة) وفى البحر
والحاصل ان التعريف بالاشارة الى الحاضر وفى الغائب لابد من ذكر الاسم والنسب والنسبة الى الاب لاتكفى
عندالطرفين ولابد من ذكرالجد خلافا للثانى فان لم ينسب الى الجد ونسبه الى الاب الاعلى كتميمى او بخارى
والى الحرفة لاالى القبيلة والجد لايكفى عندالامام وعندهما ان معروفا بالصناعة يكفى وان نسبها الى زوجها تكفى
والمق الاعلام وتمامه فيه فليطالع (* باب الرجوع عن الشهادة *) وجه المناسبة لماقبله وتأخيره عنه ظاهر
لان الرجوع عن الشهادة يقتضى سبق وجودها وهوامر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا عن عقاب
الكبيرة وترجم بالباب تبعا للكنز مخالفا للهداية اذليس له ابواب متعددة وهووان كان رفعا للشهادة لكنه داخل تحتها
كدخول النواقض فى الطهارة قيل ركنه قول الشاهد رجعت عما شهدت به اوشهدت بزور فيما شهدت به
اوكذبت فى شهادتى فلوانكرها لم يكن رجوعا وشرطه ان يكون عندالقاضى وعن هذا قال (لايصح الرجوع
عنها) اى عن الشهادة (الاعند قاض) سواء كان هو القاضى الاول اوغيره لان الشهادة تختص بمجلسه فيختص
الرجوع بما تختص به الشهادة وهومجلس القاضى (فلوادعى المشهود عليه رجوعهما) اى رجوع الشاهدين
(عند) غيره اى عند غير القاضى (لايحلفان) اى الشاهدان اذا اراد المشهود عليه التحليف (ولايقبل برهانه) اى برهان
المشهود عليه (عليه) اى على رجوعهما لانه ادعى رجوعا باطلا (بخلاف مالوادعى) المشهود عليه (وقوعه)
اى وقوع الرجوع (عند قاض) آخر غير الذى كان قضى بالحق (وتضمينه عطف على قوله وقوعه) اى تضمين
القاضى المال (اياهما) اى الشاهدين واقام بينة تقبل بينته ويحلفان ان انكرا لان السبب صحيح كما لواقر عندالقاضى
انه رجع عند غير القاضى فانه صحيح وان اقر برجوع بطلانه يجعل انشاء للحال كما فى المنح وفى المحيط ولوادعى
رجوعهما عندالقاضى ولم يدع القضاء بالرجوع والضمان لاتسمع منه البينة ولايحلف عليه لان الرجوع
لايصح ولايصير موجبا للضمان الاباتصال القضاء فان (رجعا) اى الشاهدان عن الشهادة (قبل الحكم لايحكم)
القاضى بشهادتهما اذلاقضاء بكلام متناقض ولاضمان عليهما لعدم الاتلاف لكن يعزر الشاهد واطلاقه
شامل لما لورجعا عن بعضها كما لوشهدا بدار وبنائها اوباتان وولدها ثم رجعا فى البناء والولد لم يحكم بالاصل
لان الشاهد فسق نفسه وشهادة الفاسق ترد كما فى جامع الفصولين (وان) رجعا (بعده) اى بعد الحكم (لاينقض)
القاضى حكمه لان الكلام الاول قد تأكد بالقضاء فلا يناقضه الثانى واطلاقه شامل لما اذا كان الشاهد وقت
الرجوع مثل ماشهد فى العدالة اودونه اوافضل منه كما فى اكثر المعتبرات لكن فى خزانة المفتين معزيا الى المحيط
ان كان الرجوع بعدالقضاء ينظر الى حال الراجع فان كان حاله عندالرجوع افضل من حاله وقت الشهادة
فى العدالة صح رجوعه فى حق نفسه وفى حق غيره حتى وجب عليه التعزير وينقض القضاء ويرد المال
على المشهود عليه وان كان حاله عندالرجوع مثل حاله عندالشهادة فى العدالة اودونه وجب عليه التعزير
ولاينقض القضاء ولايرد المشهود به على المشهود عليه ولايجب الضمان على الشاهد انتهى قال صاحب البحر
وهوغيرصحيح عند اهل المذهب لمخالفة مانقلوه من وجوب الضمان على الشاهد اذارجع بعدالحكم وفى هذا
التفصيل عدم تضمينه مطلقا مع انه فى نقله مناقض لانه قال اول الباب بالضمان موافقا للمذهب انتهى لكن
فى الخلاصة مثل مافى الخزانة لكنه قال وهذا قول الامام الاول وهوقول استاده حماد ثم رجع عن هذا القول
وقال لايصح رجوعه فى حق غيره على كل حال حتى لاينقض القضاء ولايرد به على المشهود عليه وهوقولهما انتهى
فعلى هذا ماقاله صاحب البحر من انه غيرصحيح عند المذهب ليس بسديد بل الصواب ان يقول هو مرجوع عنه

تأمل (وضمنا) اى الشاهدان الراجعان للمشهود عليه (ماتلفاه بها اى بالشهادة لاقرارهما على انفسهما
بالضمان وقال الشافعى لايضمنان لانه لاعبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر
وهو القاضى لانه كالملجأ الى القضاء وفى ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعى لان الحكم
ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان (اذاقبض المدعى مدعاه دينا كان اوعينا) لان الاتلاف بالقبض يتحقق ولانه
لامماثلة بين اخذ العين والزام الدين وقدتبع المص الكنز والهداية فى تقييده وهومختار السرخسى وصاحب
المجمع وخالف اصحاب الفتاوى فى اطلاقهم وقد صرح فى الخلاصة والبزازية وغيرهما بالضمان بعد القضاء
قبض المدعى المال اولا قالوا وعليه الفتوى وفى الخلاصة انه قول الامام الآخر وهو قولهما انتهى وظاهره
ان اشتراط القبض مرجوع عنه كما فى البحر وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به
عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعى وان كان دينا فليس له ذلك حتى
يقبضه وفى البحر تفصيل عدم انحصار تضمين الشاهد فى رجوعه فليراجع (فان رجع احدهما) اى احد
الشاهدين عن شهادته فى دعوى حق بعد القضاء (ضمن) الراجع (نصفا) اذ بشهادة كل منهما يقوم نصف
الحجة فببقاء احدهما على الشهادة تبقى الحجة فى النصف فيجب على الراجع ضمان مالم تبق الحجة فيه وهوالنصف
وعن هذا قال (والعبرة) فى باب الضمان لمن (بقى) من الشهود وعندالائمة الثلاثة العبرة لمن رجع الافى رواية عنهم
(لالمن رجع) هذا هوالاصل فان بقى اثنان يبقى كل الحق وان بقى واحد يبقى النصف كما مر آنفا ولذا فرع عليه المسائل فقال
(فان شهد ثلاثة) رجال بحق (ورجع) واحد عن شهادته (لايضمن) الراجع شيئا لبقاء نصاب الشهادة (فان رجع آخر)
بعد رجوع واحد من الثلاثة فعلى هذا ان الفاء فى قوله فان رجع تعقيبية (ضمنا) اى الراجعان (نصفا) من المقبوض
لبقاء نصف نصاب الشهادة وهو واحد من ثلاثة فيبقى نصف الحق فان قيل ينبغى ان يضمن الراجع الثانى فقط
لان التلف اضيف اليه اجيب بان التلف مضاف الى المجموع الا انه عند رجوع الاول لم يظهر اثره لمانع وهو بقاء
الشاهدين فلما زال ذلك المانع برجوع آخر ظهر اثره (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت واحدة) منهما (ضمنت)
الراجعة (ربعا) بالاجماع لبقاء ثلاثة ارباع الحق ببقاء رجل وامرأة (وان رجعتا) اى المرأتان (ضمنتا نصفا) لبقاء
نصف الحق ببقاء الرجل (وان شهد رجل وعشر نسوة فرجع ثمان) منهن (لايضمن) على صيغة الجمع المؤنث
الغائبة شيئا لبقاء النصاب وهو رجل وامرأتان من العشر فان رجعت امرأة اخرى بعد رجوع الثمان من العشر
(ضمن) النسوة (التسع ربعا) لبقاء ثلاثة ارباع الحق ببقاء رجل وامرأة كما مر (وان رجع النسوة العشر) دون الرجل
ضمن صيغة جمع مؤنث غائبة (نصفا) بالاجماع لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل قيل ينبغى ان يقول وان رجعت
فى المحلين وكذا فى قوله وضمن التسع ينبغى ان يقول وضمنت فنقول يجوز فى مثله لان الله تع قال فى قصة يوسف
عليه السلام وقال نسوة ووجهه بين فى التفاسير فليطالع (وان رجع الكل) اى الرجل والنساء (فعلى الرجل سدس)
اى سدس الحق (وعليهن) اى على النساء (خمسة اسداس) عندالامام لان كل امرأتين قامت مقام رجل واحد
فعشر نسوة كخمسة من الرجال كما لوشهد به ستة رجال ثم رجعوا فان الضمان عليهم يكون اسداسا فعلى الرجل
غرم السدس هوحصة اثنين من العشر وعليهن غرم خمسة اسداس (وعندهما عليه) اى على الرجل نصف
(وعليهن) اى على النساء (نصف) لان العشر من النساء يقمن مقام رجل واحد فيكون نصف النصاب كما ان الرجل
الواحد يكون نصف النصاب ولهذا لاتقبل شهادتهن الابانضمام رجل فيكون الغرم على المناصفة وفى التبيين
نقلا عن المحيط لورجع الرجل وثمان نسوة منهن فعلى الرجل نصف الحق ولاشئ على النسوة لانه وان كثرن يقمن
مقام رجل واحد وقدبقى من النساء من تثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات كأنهن لم يشهدن ثم قال
وهذا سهو بل يجب ان يكون النصف اخماسا عنده وعندهما انصافا وذكر الاسبيجابى لورجع واحد وامرأة
كان النصف بينهما اثلاثا ولوكان كما قال لم يجب عليها شئ انتهى لكن ذكر الاسبيجابى عقيب هذه المسئلة اختلافا
لانه قال لوشهد رجل وثلاث نسوة فقضى به ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل نصف المال ولم يضمن المرأة شيئا
فى قولهما وفى قياس قول الامام نصف المال اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة انتهى فعلى هذا ظهر ان صاحب
المحيط اختار قولهما فلاسهو تدبر (وان شهد رجلان وامرأة ورجعوا فالغرم على الرجلين خاصة) لان الواحدة
ليست بشهادة بل هى بعض الشاهد فلايضاف اليه الحكم (ولايضمن راجع شهد بنكاح بمهر مسمى عليها
اى على المرأة (اوعليه) اى على الزوج الاصل ان المشهود به ان لم يكن مالا بان كان قصاصا اونكاحا اونحوها
لم يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعى وان كان مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلاضمان على الشاهد

لان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان بعوض لايعادله فبقدر العوض لاضمان بل فيما وراه وان كان الاتلاف بلاعوض اصلا وجب ضمان الكل اذا تقرر هذا فنقول ادعى رجل على امرأة نكاحا وهى جاحدة واقام على ذلك بينة فقضى بالنكاح ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنا لها شيئا سواء كان المسمى مقدار مهر مثلها او اكثر او اقل لانهما وان اتلفا البضع عليها بعوض لايعدله لكن البضع لايتقوم على المتلف وانما يتقوم على المتملك ضرورة التملك فان ضمان الاتلاف يقدر بالمثل ولامماثلة بين البضع والمال واما عند دخوله فى ملك الزوج فقد صار متقوما اظهارا لخطره كما فى الدرر (الا ما زاد على مهر المثل) يعنى ان كان مهر مثلها مثل المسمى او اكثر لم يضمنا شيئا لانهما اوجبا المهر عليه بعوض يعدله او يزيد عليه وهو البضع لانه عند الدخول فى ملك الزوج متقوم وقد بينا ان الاتلاف بعوض يعدله لايوجب الضمان وان كان مهر مثلها اقل من المسمى ضمنا الزيادة للزوج لانهما اتلفا قدر الزيادة بلاعوض وكذا لو شهدا عليها بقبض المهر او بعضه ثم رجعا بعد القضاء ضمنا لها (و) لايضمن (من شهد بطلاق بعد الدخول) لان المهر تأكد بالدخول فلا اتلاف (ويضمن فى الطلاق قبل الدخول نصف المهر) ان كان مسمى او المتعة ان لم يكن مسمى لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الاترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر ولان الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة وكان واجبا بشهادتهما كما فى الهداية والتعليل الاول للمتقدمين والثانى للمتأخرين وفى البحر تفصيل فليراجع وفى التنوير ولو شهدا انه طلقها ثلثا وآخران انه طلقها واحدة قبل الدخول ثم رجعوا فضمان نصف المهر على شهود الثلاثة لاغير ولو كان ذلك بعد وطئ او خلوة فلا ضمان على احد (وفى البيع) يضمن (مانقص عن قيمة المبيع) وفى المنح ولو شهدا على البايع به بمثل القيمة او اكثر فلا ضمان لانه اتلاف بعوض وان شهدا باقل من قيمته ضمنا النقصان لانه بغير عوض ولو شهدا على المشترى فلا ضمان لو شهدا بشرائه بمثل القيمة او اقل وان كان باكثر ضمنا مازاد عليها كذا صرحوا فعلى هذا لو قال ولا فى البيع الا مانقص من قيمة المبيع ان ادعى المشترى ولا فى البيع الا ما زاد على القيمة من الثمن ان ادعى البايع كما فى الغرر لكان اظهر واولى تدبر وفى التنوير ولو شهدا على البايع بالبيع بالفين الى سنة وقيمته الف فان شاء ضمن الشهود قيمته حالا وان شاء اخذ المشترى الى سنة وايا ما اختار برئ الآخر (وفى العتق) يضمن (القيمة) يعنى اذا شهدا على عتق عبد ثم رجعا ضمنا قيمة العبد مطلقا اى سواء كانا موسرين او معسرين لاتلافهما مالية العبد عليه من غير عوض ولا يتحول الولاء اليهما بالضمان لان العتق لايحتمل الفسخ فلا يتحول بالضرورة اذ الولاء لمن اعتق اطلق العتق فانصرف الى العتق بلامال فلو شهدا انه اعتق عبده على خمسمائة وقيمته الف فقضى ثم رجعا ان شاء ضمن الشاهدين الالف ورجعا على العبد بخمسمائة وولاء العبد للمولى كما فى البحر وفى التنوير وفى التدبير ضمنا مانقصه وفى الكتابة يضمنان قيمته ولايعتق حتى يؤدى ماعليه اليهما ومافى الفتح من ان الولاء للذين شهدوا عليه بالكتابة سهو والصواب للذى كاتبه كما فى البحر وفى الاستيلاد يضمنان نقصان قيمة الامة فان مات المولى عتقت وضمن الشاهدان قيمتها للورثة (وفى القصاص) يضمن (الدية فقط) يعنى اذا شهدا ان زيدا قتل بكرا فاقتص زيد ثم رجعا تجب الدية عندنا لا القصاص لان القتل وجد باختيار الولى لانه ليس بمضطر فيه لاقتداره على العفو ايضا ولم يكونا سببا بالقتل فلرايحة السببية وقعت الشبهة وهى مانعة عن القود لا عن الدية لان المال يثبت مع الشبهة بخلاف المكره لانه مباشر فيه فيكون سببا يضاف اليه القتل فيقتص وعند الشافعى يقتصان لوجود القتل تسبيبا كالمكره (ويضمن الفرع ان رجع) اى يضمن شهود الفرع بالرجوع عن شهادتهم لان الشهادة فى مجلس القضاء صدرت منهم وكان التلف مضافا اليهم (لا الاصل ان قال الاصل ما اشهدته) اى الفرع (على شهادتى) اى لايضمن شهود الاصل بعد الحكم بقولهم لم نشهد الفروع على شهادتنا بالاجماع لان الحكم لم يضف اليهم بل الى الفرع ولايبطل القضاء بعد الحكم للتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد (ولو قال الاصل (اشهدته) اى الفرع (وغلطت ضمن عند محمد) لان الفروع نقلوا شهادة الاصل فكان الاصل حضر وشهد عند مجلس القاضى ثم رجع (لا) يضمن (عندهما) لان الحكم لم يقع بشهادة الاصل بل بشهادة الفرع وقوله غلطت اتفاقى اذ لو قال رجعت عنها فلا ضمان ايضا عندهما (وان رجع الاصل والفرع) جميعا بعد الحكم (ضمن الفرع فقط) عند الشيخين لان الاتلاف يحصل بعد القضاء والقضاء بشهادة الفرع فيضاف التلف اليه بعد رجوعه والضمان على المتلف (وعند محمد يضمن المشهود عليه اى الفريقين) من الاصل والفرع (شاء) اى ان المشهود عليه مخير بين تضمين الفرع والاصل عنده لان القضاء وقع بشهادة الفرع من وجه وبشهادة الاصل من وجه فيخير بينهما والجهتان متغايرتان ولايجمع بينهم فى التضمين (وقول الفرع كذب) فعل ماض (اصلى)

(او غلط ليس بشئ) يعنى بعد الحكم بشهادتهم لان ما امضى من القضاء لاينقض بقولهم ولايجب الضمان عليهم لانهم مارجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع (وان رجع المزكى عن التزكية ضمن) اى ضمن المزكى بالرجوع عن التزكية الشاهد بعد ان زكاه عند الامام لان قبول الشهادة عند القاضى بالتزكية يكون علة لعلة معنى فيضاف الحكم الى علة العلة (خلافا لهما) فان عندهما لاضمان على المزكين لانهم اثنوا على الشهود فصار واكشهود الاحصان والخلاف فيما اذا قالوا تعمدنا او علمنا ان الشهود عبيد ومع ذلك زكيناهم اما اذا قال المزكى اخطأت فيها فلاضمان اجماعا كما فى البحر وغيره فعلى هذا لو قيد مع علمه بكونهم عبيدا لكان اولى وقيل الخلاف فيما اذا اخبر المزكون بالحرية بان قالوا انهم احرار اما اذا قالوا هم عدول فبانوا عبيدا لايضمنون اجماعا لان العبد قد يكون عدلا (ولايضمن شاهد الاحصان برجوعه) لانه شرط محض فلا يضاف الحكم اليه (ولو رجع شاهد اليمين وشاهد الشرط ضمن شاهد اليمين خاصة) يعنى اذا شهدا انه علق عتق عبده بشرط وشهد الآخران ان الشرط الذى علق به العتق وجد فحكم الحاكم به ثم رجع جميعهم يضمن شهود اليمين قيمة العبد لانهم اثبتوا العلة وهو قوله انت حر ولايضمن شهود الشرط لان الشرط كان مانعا وهم اثبتوا زوال المانع والحكم يضاف الى العلة لا الى زوال المانع (ولو رجع شاهد الشرط وحده اختلف المشايخ) قال بعضهم يضمن شاهد الشرط والصحيح ان شهود الشرط لايضمنون بحال نص عليه فى الزيادات واليه مال الشمس الائمة السرخسى والى الاول مال فخر الاسلام على البزدوى كما فى التبيين وغيره (ومن علم انه شهد زورا) بان اقر على نفسه انه شهد زورا او شهد بقتل رجل او موته فجاء حيا او شهد برؤية الهلال فمضى ثلاثون يوما ولبست بالسماء علة ولم ير الهلال (يشهر فقط ولايعزر) عند الامام وعليه الفتوى كما فى السراجية (وعندهما يوجع ضربا ويحبس) وفى الكافى اعلم ان شاهد الزور يعزر اجماعا اتصل القضاء بشهادته اولا لانه ارتكب كبيرة تتصل ضررها بمسلم الا انهم اختلفوا فى كيفية تعزيره فقال الامام تعزيره تشهيره فقط وقالا يضرب ويحبس وهو قول الشافعى لان عمر رضى الله عنه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه وله ان شريح القاضى فى زمن عمر رضى الله عنهم كان يشهر بان يبعثه الى سوقه او الى قومه لافشاء قباحته وهذا التشهير لايخفى على الصحابة رضوان الله عليهم ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع وكان هذا من الامام احتجاجا باجماع الصحابة لا تقليد الشريح لانه لايرى تقليد التابعى وحديث عمر رضى الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى اربعين والتسخيم

كتاب الوكالة

(*مناسبتها للشهادة من حيث ان الانسان يحتاج فى معاشه الى التعاضد والشهادة منه فكذا الوكالة *) كتاب الوكالة وهى لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه الامر فيكون الوكيل بمعنى المفعول لانه موكول اليه الامر وقيل هى الحفظ ومنه الوكيل فى اسماء الله تعالى فيكون بمعنى فاعل والتوكيل صحيح بالكتاب والسنة والاجماع وشرعا (هى) اى الوكالة (اقامة الغير مقام نفسه فى التصرف) والمراد بالتصرف ان يكون معلوما لانه اذا لم يكن معلوما ثبت ادنى التصرفات وهو الحفظ فيما اذا قال وكلتك بمالى فلو قال فى تصرف جائز معلوم لكان اولى لان التصرف مطلقا يشمل الجائز والمعلوم وغيرهما كما فى المنح لكن يمكن ان يجاب عنه بان اللام للعهد فلا حاجة الى زيادة تدبر (وشرطها) اى الوكالة (كون الموكل) اسم فاعل (ممن يملك التصرف) لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف من الموكل فلابد للمفيد من ان يملكه ويقدره قيل هذا على قولهما واما على قوله فالشرط ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فكون الموكل مالكا لذلك التصرف الذى وكل به الوكيل ليس بشرط اذ يجوز توكيل المسلم ذميا ببيع الخمر والخنزير عنده مع ان المسلم لايملك هذا التصرف بنفسه انتهى لكن الشرط ان يكون الموكل مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف وقادرا عليه وان امتنع فى بعض الاشياء بعارض النهى فلا يلزم ماقيل تدبر (و) شرطها ايضا كون (الوكيل) ممن (يعقل العقد) و يعرف ان البيع سالب للمبيع وجالب للثمن والشراء على عكسه و يعرف الغبن الفاحش واليسير كما فى اكثر المعتبرات وقال يعقوب باشا وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل العاقل صحيح وفرق الغبن اليسير من الفاحش مما لايطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فلا وجه لاشتراطه فى صحة التوكيل انتهى لكن المراد من الصبى العاقل هو المميز مطلقا فلا يرد تدبر (ويقصده) اى يقصد الوكيل ثبوت حكم العقد وحصول الربح حتى لو تصرف فى البيع بطريق الهزل فلا يقع عن الموكل كما فى اكثر الكتب لكن ليس فيما نحن فيه لان الكلام فى صحة الوكالة لا فى صحة بيع الوكيل وعدمه وعدم وقوعه عن الموكل ولذا تركه فى الكنز الآن يقال قوله يقصده تأكيد لقوله يعقل والعطف عطف تفسير لانه بالقصد يعلم كمال العقل تدبر وفيه رمز الى ان المعتوه يصلح ان يكون وكيلا لانه يعقله ويقصده وان لم يرجح المصلحة على المفسدة والى ان علم الوكيل بالوكالة لم يشترط خلافا لمحمد

فلووكل ببيع عبده وطلاق امرأته ففعل الوكيل قبل العلم جاز خلافا له كما فى القهستانى نقلا عن المحيط ثم فرعه بقوله (فيصح توكيل الحر البالغ) ينبغى ان يقيد بالعاقل ليحترز عن المجنون لما فى التنوير فلا يصح توكيل مجنون وصبى لا يعقل مطلقا وصبى يعقل بنحو طلاق وعتاق وهبة وصدقة من التصرفات الضارة وصح توكيله بما ينفعه بلا اذن وليه كقبول الهبة وبما تردد بين ضرر ونفع كبيع واجارة ان مأذونا والاتوقف على اجازة وليه (اوالمأذون) والمراد بالمأذون الصبى العاقل الذى اذن له الولى والعبد الذى اذن له المولى اى يصح توكيل كل منهما (حرا) مفعول توكيل (بالغا اومأذونا) لان الموكل مالك للتصرف والوكيل اهل له (او) توكيلهما (صبيا عاقلا اوعبدا محجورين) قيد للصبى والعبد لان الصبى اهل للعبارة حتى ينفذ تصرفه باذن الولى فكذا العبد حتى صح طلاقه واقراره فى الحدود والقصاص ولكن لا يرجع حقوق العقد اليهما بل الى موكلهما اذ لا يصح منهما التزام العهدة فالصبى لقصور الاهلية والعبد لحق المولى بخلاف المأذونين بحيث تلزمهما العهدة استحسانا وفى الشمنى وعن ابى يوسف ان المشترى اذا لم يعلم بحال البايع ثم علم انه صبى محجور اوعبد محجور له خيار الفسخ وان كان مأذونين لزمهما الثمن ورجعا به على الآمر استحسانا (بكل ما) موصوفة اولى من الموصولة والظرف للتوكيل اى صح التوكيل لكل عقد (يعقده هو) اى الموكل (بنفسه) اى مستبدا بنفسه او بولاية نفسه عن الغير كالبيع والهبة والصدقة والوديعة وغيرها لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فيحتاج الى توكيل غيره فلا بد من جوازه دفعا لحاجته وفى القهستانى ولا يشكل بتوكيل المسلم والذمى ذميا ومسلما ببيع الخمر اوشرائها وبالتوكيل ببيع السلم والاستقراض كما ظن فان الكفالة كافية للاولين والثالث مستثنى بقرينة الآتى والرابع مختلف فيه انتهى ويمكن دفعه بوجه آخر كما بين آنفا وصح التوكيل (بايفاء كل حق وباستيفائه لان الموكل) قد لا يهتدى الى طريق الايفاء والاستيفاء فيحتاج الى التوكيل بالضرورة والمراد بالايفاء دفع ما عليه وبالاستيفاء القبض (الافى حد) كقذف اوكسرقة (وقود) اى لا يصح التوكيل باستيفائهما (مع غيبة الموكل) عن المجلس كما اذا قال الموكل وجب لى على فلان حدا وقصاص فى النفس اوالطرف فوكلتك ان تطلبه منه فقبل فان استيفاءهما بدون حضور الموكل باطل لسقوطهما بالشبهة وعند حضوره يجوز اجماعا وانما قلنا لا يصح التوكيل باستيفائهما لانه صح التوكيل باثباتهما وقال ابو يوسف لا يجوز التوكيل باثباتهما وقول محمد مضطرب والاظهر انه مع الامام فى نفس التوكيل وكذا الخلاف فى التوكيل بالجواب من جانب من له الحد والقصاص وفى شرح الطحاوى صح التوكيل باستيفاء التعزير وعند الائمة الثلاثة يصح فى القود وان غاب الموكل الا فى رواية عن احمد وقول من الشافعى (و) يصح التوكيل (بالخصومة فى كل حق) لان كل احد لا يهتدى الى وجوه الخصومات فيحتاج الى التوكيل بالضرورة (بشرط رضى الخصم) فلو رضى قبل سماع الحاكم الدعوى ثم رجع جاز رجوعه وان بعده لا وفى العناية اختلف الفقهاء فى جواز التوكيل بالخصومة بدون رضى الخصم قال الامام لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم سواء كان الموكل هو المدعى اوالمدعى عليه وقالا يجوز بغير رضى الخصم وهو قول الشافعى لكن فى الهداية والظهيرية وغيرهما لا خلاف فى الجواز انما الخلاف فى اللزوم وهو الصحيح وعن هذا (قال للزومها) فعند الامام لا يلزم التوكيل بلا رضى الخصم فترد الوكالة برد الخصم (الا ان يكون الموكل مريضا لا يمكنه) مع وجود المرض (حضور مجلس الحاكم) وكذا لا يحسن الدعوى (اوغائبا مسافة سفر) اى مدة ثلاثة ايام فصاعدا اومريدا للسفر يعنى اذا قال انا اريد السفر يلزم منه التوكيل بلا رضى الخصم طالبا كان الموكل اومطلوبا فلا ترتد برد الخصم لانه لو لم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه لكن لا يصدق بمجرد قوله بل ينظر القاضى فى حاله وعدة سفره او يسأل عن رفقائه (او) يكون الموكل امرأة (مخدرة غير معتادة الخروج الى مجلس الحاكم) سواء كانت بكرا اوثيبا وعليه الفتوى كما فى الحقايق لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فلزم توكيلها ولو اختلفا فى كونها مخدرة ان كانت المرأة من بنات الاشراف فالقول لها بكرا كانت اوثيبا لانه الظاهر من حالها وان كانت من الاوساط فالقول لها لو كانت بكرا وان كانت من الاسافل فلا سواء كانت بكرا اوثيبا لان الظاهر غير شاهد لها كما فى المنح ومن الاعذار الحيض اذا كان الحكم فى المسجد والحبس اذا كان من غير القاضى ترافعوا اليه كما فى التبيين وفى المنح وهو مقيد بما اذا كان الطالب لا يرضى بالتاخير واما اذا رضى به فلا يكون عذرا واما حيض الطالب فهو عذر مطلقا والنفاس كالحيض انتهى وفيه كلام فانه يجوز للقاضى ان يخرج من المسجد ويسمع الخصومة اويرسل اليها نائبا لرفع الخصومة كما قررناه فى كتاب القضاء فلا وجه لعده من الاعذار ويلزم منه ايضا ان يعد الجنابة والكفر من الاعذار مع انهم لم يذكروهما منها تأمل (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (لا يشترط رضى الخصم) فيلزم بلا رضاه مطلقا لان التوكيل تصرف فى خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بقضاء الديون وله ان التوكيل قد يكون اشد خصومة واكد

انكارا فيتضرر به خصمه فلا يجوز بغير رضاه كالحوالة بالدين بخلاف الوكيل بالقبض فانه لا يختلف والمختار للفتوى ان القاضى ان علم من الوكيل قصد الاضرار بخصمه يعمل بقول الامام وان علم من خصم الموكل التعنت فى الاباء من قبول التوكيل يعمل بقول صاحبيه وهو اختيار شمس الائمة السرخسى كما فى الدرر وغيره (وحقوق عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كبيع) فانه يقول بعت هذا الشئ منك ولا يقول بعته منك من قبل فلان وكذا غيره (واجارة واستيجار وصلح) (عن اقرار) دون انكار كما سيأتى (يتعلق به) اى بالوكيل دون الموكل بلا فرق بين كون موكله حاضرا اوغائبا لانه اصل فى العقد لانه يقوم بكلامه ونائب عن الموكل فى حق الحكم فراعينا جهة اصالته فى تعلق الحقوق حتى لو شرط عدم حقوق العقد بالوكيل فهو لغو خلافا للشافعى فانه قال تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبره بالرسول والوكيل بالنكاح (ان لم يكن) الوكيل صبيا اوعبدا (محجورا) اشارة الى ان العبد المأذون والصبى المأذون تتعلق بهما الحقوق وتلزمهما العهدة مطلقا وليس كذلك بل فيه تفصيل لما فى شرح المجمع نقلا عن الذخيرة المأذون له ان كان وكيلا بالبيع تلزمه الحقوق سواء باعه حالا اومؤجلا وان كان وكيلا بالشراء فان كان بثمن حال لزمته ايضا لانه يملك ما اشتراه حكما ولهذا يحبسه بالثمن ليستوفيه من الموكل وان كان بثمن مؤجل لا تلزمه الحقوق لانه لم يملك ما اشتراه لا حقيقة ولا حكما ولو لزمته العهدة لكان ملتزما مالا فى ذمته مستوجبا مثله على موكله وهو فى معنى الكفالة فانه لا يصح منه انتهى ثم اشار الى تفصيل الحقوق فقال (فيسلم) الوكيل (المبيع) الى المشترى فى الوكالة بالبيع (ويتسلمه) اى يقبض المبيع عن البايع فى الوكالة بالشراء (ويقبض الثمن) اى ثمن مبيعه فى البيع (ويطالب) بفتح اللام (به) اى بالثمن فى الوكالة بالشراء فاشترى (ويرجع) على صيغة المبنى للمفعول (به) اى بالثمن (عند الاستحقاق) اى استحقاق ما باع (ويخاصم) على صيغة المبنى للفاعل (فى عيب مشريه ويرده) الى بايعه (به) اى بالعيب فان ذلك كله من حقوق العقد فتتعلق بالوكيل (ان لم يسلمه الى موكله وبعد تسليمه لا) يرده (الا باذنه) اى باذن الموكل (ويخاصم) على صيغة المبنى للمفعول (فى عيب مبيعه و) يخاصم (فى شفعته) اى فى شفعة ما باع (ان كان) المبيع (فى يده) بخلاف ما اذا سلم المبيع الى المشترى فان الوكيل لا يخاصم فى الشفعة (وكذا شفعة مشريه) يعنى يخاصم الوكيل فى شفعة ما اشترى بالوكالة ما دام فى يده (والملك يثبت للموكل ابتداء) اذا اشترى الوكيل لان الموكل يخلف عن الوكيل فى حق الملك كما ان الرق يتهب ويصطاد اذا المولى يخلف عن العبد فى ثبوت الملك اليه ابتداء وهو الصحيح كما فى الهداية وقيل يثبت الملك للوكيل فينتقل الى الموكل بلا مهلة ثم فرعه بقوله (فلا يعتق قريب وكيل شراه) ولا يفسد نكاح منكوحة شراها لان الملك يلزم الموكل فعلى القولين لا يملك الوكيل قريبه ومنكوحته لعدم تقرر ملكه لان العتق وفساد النكاح يقتضيان تقرر الملك كما فى اكثر المعتبرات لكن لم يظهر فى هذا التفريع اثر الخلاف لان القريب لا يعتق بالاتفاق فالاولى ان يفرع عليه ما ظهر فيه اثر الخلاف تدبر (وحقوق عقد يضيفه الوكيل الى موكله) مراده انه لا يستغنى عن الاضافة الى موكله حتى لو اضافه الى نفسه لا يصح والمراد من قرينه السابق انه يصح اضافته الى نفسه ويستغنى عن اضافته الى الموكل لانه شرط ولهذا لو اضاف الوكيل بالشراء الشراء الى موكله صح بالاجماع فلفظ الاضافة واحد والمراد مختلف كما فى الاصلاح (تتعلق بالموكل كنكاح وخلع) لان الوكيل فيهما سفير اى حاك حكاية غيره فلا يلزم عليه شئ حتى لو اضاف النكاح الى نفسه بان قال تزوجتها يقع للوكيل (وصلح عن انكار) لانه فداء يمين للموكل فلا بد من الاضافة اليه لما فى الاصلاح هذا الصلح لا يصح اضافته الى الوكيل بل لا بد من اضافته الى الموكل بخلاف الصلح عن اقرار فانه يصح اضافته الى كل منهما وقد عرفت اختلاف المراد من الاضافة فى الموضعين فافترق الصلحان فى الاضافة انتهى فعلى هذا فقول صدر الشريعة واما الصلح فلا فرق فيه بين ان يكون عن اقرار اوانكار فى الاضافة محل نظر كما فى حاشيته ليعقوب باشا والدرر تتبع (و) صلح (عن دم) عمد لانه اسقاط محض والوكيل اجنبى سفير (وكتابة وعتق على مال وهبة وصدقة واعارة وايداع ورهن واقراض) ولم يذكر الاستقراض لما مر انه لا يصح التوكيل به وعليه الفتوى (وشركة ومضاربة) فان الوكيل يضيف هذه العقود الى موكله فى عرف اهل المعاملة فتتعلق حقوق العقود فيها الى الموكل دون الوكيل ثم فرع على هذا الاصل بقوله (فلا يطالب) بفتح اللام وكيل الزوج (بالمهر) من قبل الزوجة (ولا) يطالب من قبل الزوج (وكيل المرأة بتسليمها) اى تسليم المرأة الى الزوج اذ يلزم سقوط مالكيتها بعقد النكاح والساقط يتلاشى مع انها خلقت محلا للنكاح فلا يخرج عن المالكية لنفسها (ولا) يطالب وكيل الخلع (ببدل الخلع) لما مر انه سفير فيه (وللمشترى منع الثمن عن الموكل) يعنى اذا وكل رجلا ببيع شئ فباعه ثم ان الموكل طلب من المشترى الثمن له منعه لان الموكل اجنبى عن العقد والوكيل اصل فى الحقوق ولذا له

ان يوكل لاخر بهذه الحقوق وان لم يكن له حق التوكيل والمراد من الموكل موكل وكيل ببيع ابس عبدا وصبيا محجور بن
لمامر وفى البحر واوكان الموكل دفع الثمن الى الوكيل فاستهلكه وهو معسر كان للبايع حبس المبيع ولا مطالبة له
على الموكل فان لم ينقد الموكل الثمن الى البايع باع القاضى الجارية بالثمن اذا رضيا والافلا (فان دفعه) اى ان دفع
المشترى الثمن (اليه) اى الى الموكل (صح) دفعه ولو مع نهى الوكيل لانه ملكه لا فى الصرف الا اذا كان الموكل حاضرا
عند عقد الصرف فالعقد ينصرف اليه بحضوره (ولا يطالبه الوكيل ثانيا) لان نفس الثمن المقبوض حق الموكل
وقد وصل اليه ولا فائدة فى الاخذ منه ثم الدفع اليه وانما ذكر قوله وللمشترى الى هنا فى هذا المحل مع ان المناسب ان يذكر
من تفريعات القسم الاول توطئة لما بعده (وان كان للمشترى على الموكل دين وقعت المقاصة به) اى بثمن المبيع
الذى باعه الوكيل للموكل بمجرد العقد لوصول الحق اليه بطريق التقاص وهذا حيلة للوصول الى دين لا يوصل اليه
(وكذا) تقع المقاصة به (ان كان له) اى للمشترى (على الوكيل دين) عند الطرفين لكونه يملك الابراء عنه عندهما
(خلافا لابى يوسف) لان عنده لا يجوز الابراء ولا تقع المقاصة (و) لكنه (يضمنه الوكيل للموكل) فى فصل المقاصة
عندهما كما يضمنه فى فصل الابراء (وان كان دينه) اى دين المشترى (عليهما) اى على الموكل والوكيل (فالمقاصة
بدين الموكل دون الوكيل) لان المبيع ملك الموكل لا غير *) باب الوكالة بالبيع والشراء (* افرادهما بباب على حدة باب الوكالة
لكثرة الاحتياج اليهما وقدم الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات (لا يصح
التوكيل بشراء شئ يشمل اجناسا كالرقيق والثوب والدابة) للجهالة الفاحشة فان الدابة اسم لما يدب على وجه
الارض لغة وعرفا للخيل والبغل والحمار فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء
ولهذا لا تصح تسميته مهرا وكذا الرقيق لانه شامل للذكر والانثى المختلفين فى بنى آدم واذا اشترى الوكيل وقع الشراء له
كما فى النهاية (او) بشراء شئ يشمل (ما هو كالاجناس كالدار وان) وصلية (بين الثمن) لانه يتعذر الامتثال
لامر الموكل لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة والمراد هنا بالجنس ما يشمل
اصنافا وبالنوع الصنف لا ما اصطلح عليه اهل المنطق (فان سمى نوع ثوب كالهروى) مثلا (جاز وكذا ان سمى
نوع الدابة كالفرس والبغل) جاز سواء سمى ثمنا اولا بالاجماع (او بين ثمن الدار والمحلة) يعنى ان وكل بشراء دار
و بين ثمنها ومحلتها جاز واختلفوا فى هذا المحل وقد جعل صاحب الكنز الدار كالعبد موافقا لقاضيخان لكن
شرط مع بيان الثمن بيان المحلة وجعلها صاحب الهداية كالثوب فقال وكذا الدار تشمل ما هو فى معنى الاجناس
لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاعراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فتعذر الامتثال وان سمى
ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه انتهى وفى الاصلاح والدار ملحقة بالجنس من وجه لانها
مختلفة لقلة المرافق وكثرتها فان بين الثمن الحقت بجهالة النوع وان لم يبين الحقت بجهالة الجنس والمتأخرون
قالوا فى ديارنا لا يجوز بدون بيان المحلة لانها تختلف باختلا فها قال فى البحر وفى المعراج ان ما فى الهداية مخالف
لرواية المبسوط قال والمتأخرون من مشايخنا قالوا فى ديارنا لا يجوز الا ببيان المحال انتهى وبه يحصل التوفيق فيحمل
ما فى الهداية على ما اذا كانت تختلف فى تلك الديار اختلافا فاحشا وكلام غيره على ما اذا كانت لا تتفاحش انتهى
والمص اختار قول المتأخرين فى الدار ولهذا عطف بالواو فقال او بين ثمن الدار والمحلة والحاصل ان جهالة الدار
جهالة الجنس عند المتأخرين وجهالة النوع عند المتقدمين فليحمل عبارة كل من الكنز والهداية على كل
من المذهبين تتبع (او بين جنس الرقيق كالعبد ونوعه كالتركى) يعنى اذا وكل بشراء عبد تركى مثلا يصح لان العبد
معلوم الجنس من وجه لكن من حيث منفعة الجمال كانه اجناس مختلفة فان بين نوعه كالتركى يصح التوكيل
(او بين ثمنا يعين نوعا) اى نوع العبد بالقلة والكثرة يصح لان ذكر الثمن كذكر النوع فى تقليل هذه الجهالة
وان لم يبين شيئا منهما لم يصح التوكيل ويلحق بجهالة الجنس لامتناع الامتثال لكن الاحسن ترك الصفة وهو قوله
يعين نوعا لان النوع صار معلوما بمجرد تقدير الثمن كما فى الهداية وفيه اشارة الى انه لو كان معلوم الجنس من وجه
كالشاة والبقر يصح وان لم يذكر الثمن والى ان جهالة وصف غير مانعة كما فى القهستانى واطلاقه شامل لما اذا كان
ذلك الثمن نوعا ولا وبه اندفع ما فى الجوهرة حيث قال وهذا اذا لم يوجد لهذا الثمن من كل نوع اما اذا وجد فلا يجوز
عند بعض المشايخ كما فى المنح (او عمم فقال ابتع لى) اى اشتر لى (ما رايت) وفى الفرائد وفى عطف قوله او عمم صعوبة
لانه لا يناسب كونه معطوفا على قوله او بين جنس الرقيق ولا كونه معطوفا على قوله فان سمى نوع الثوب جاز وفصله
ثم قال لو بينه بطريق الاستثناء بان يقول الا ان يعمم لكان اسلم واظهر و يدل على ما ذكرناه قول صاحب الهداية
ومن وكل رجلا بشراء شئ فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه

الاعتبار الا ان يوكل وكالة عامة فيقول ابتع لى ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاى شئ يشتريه يكون ممتثلا انتهى
لكن يمكن ان يكون معطوفا على ما يفهم من الكلام السابق وهو قوله فان سمى الى هنا اى ان خصص جاز عند البيان
او عمم جاز وان لم يبين او ان يكون او بمعنى الا كقولهم لالزمنك او تعطينى حقى اى الا ان تعطينى حقى (ولو وكله
بشراء الطعام فهو) يقع (على البر ودقيقه) يعنى دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لى طعاما يشترى البر ودقيقه
والقياس ان يشترى كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما فى اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان
ان الطعام اذا قرن بالبيع والشراء يحمل على ما ذكر عرفا ولا عرف للاكل فيبقى على الوضع وفى العناية هذا فى عرف
اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام اما فى عرف غيرهم فينصرف الى كل مطعوم
وبه قالت الائمة الثلاثة وقال بعض المشايخ الطعام فى عرفنا ينصرف الى ما يمكن اكله يعنى المعتاد للاكل كاللحم
المطبوخ والمشوى اى ما يمكن اكله من غير ادام دون الحنطة والخبز وقال الصدر الشهيد وعليه الفتوى
كما فى الذخيرة وانما قلنا دفع الى آخر لانه لو امر بلا دفع له لا يصح التوكيل كما فى القهستانى واطلقه فشمل ما اذا كثرت
الدراهم او قلت (وقيل) يقع (على البر فى كثير الدراهم) ويقع (على الخبز فى قليلها و) يقع (على الدقيق فى وسطها)
قيل القليل مثل درهم الى ثلاثة والمتوسط مثل اربعة الى خمسة او سبعة فالسبعة على هذا لم يكن من الكثير
كما فى القهستانى (وفى متخذ الوليمة) اى طعام العرس والمتخذ بالفتح اسم زمان يقع (على الخبز بكل حال) سواء
كثرت الدراهم او توسطت او قلت لان مدار الامر فى الكل العرف (وصح التوكيل بشراء عين) اى شئ معين
(يدين له) اى للموكل (على الوكيل) يعنى لو قال رب الدين للمديون اشتر لى هذا العبد مثلا بالالف لى عليك فاشتراه
يكون ملكا للآمر حتى لو هلك فى يد الوكيل يهلك على مال الامر لا على الوكيل لان فى تعيين المبيع تعيين البايع وفى تعيين
البايع توكيله بقبض دينه من المديون اولا لاجله ثم يقبضه لنفسه فلا يوجد تمليك الدين من غير من عليه الدين وكذا
لو امر شخص مديونه بالتصدق بما عليه صح كما لو امر الآجر المستأجر بمرمة ما استأجره من ما عليه من الاجرة
(وفى غير العين) اى لو قال رب الدين للمديون اشتر لى بالالف عليك عبدا غير معين فالتوكيل باطل حتى (ان) اشترى
(وهلك فى يد الوكيل فعليه) اى على الوكيل لان الشراء نفذ عليه لا على الموكل (وان قبضه الموكل فهو له) اى للموكل
هذا عند الامام (وقالا هو لازم للموكل ايضا) اى كما هو لازم له فى المعين سواء قبضه الموكل اولا (وهلاكه) اى المبيع
(عليه) اى على الموكل (اذ قبضه الوكيل) لان الدراهم والدنانير لا تتعينان فى المعاوضات دينا كانت او عينا
الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل
و يلزم الامر لان يد الوكيل كيده وله انها تتعين فى الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بقبض العين منها والدين منها
ثم استهلك العين او اسقط الدين عن المديون بالابراء مثلا تبطل الوكالة لانعدام المحل لتصرف الوكيل ولم يلزم
عليه اعطاء مثل الدين لان الاستهلاك والاسقاط فى حكم الاخذ والاستيفاء وهذا المعنى فى الاستهلاك ظاهر ولذا
قيد صاحب الهداية بالاستهلاك وما فى تعليل صاحب النهاية بان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك
دون الهلاك مخالف لما فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل
بالشراء بطلت الوكالة وتمامه فى العناية فليطالع واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير
ان يوكل بقبضه وذلك لا يجوز لانه تمليك الوصف وهو الوجوب فى الذمة والوصف عرض لا يقبل التمليك (وعلى هذا)
الخلاف (اذا امره) اى امر الموكل الوكيل (ان يسلم ما عليه او يصرفه) يعنى لو قال اسلم مالى عليك الى فلان فى كذا
صح اتفاقا ولو قال الى من شئت فعلى الخلاف وكذا اذا امره ان يصرف ما عليه والحاصل انه ان عين المسلم اليه
ومن يعقد عقد الصرف صح بالاتفاق وفى العناية وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز
لاشتراط القبض فى المجلس انتهى لكن فيه تأمل (ولو وكل عبد ليشترى نفسه) اى نفس العبد المأمور (له) اى للموكل
(من سيده) بان قال فلان لعبد اشتر لى نفسك من سيدك بالف مثلا (فان قال) العبد المأمور لسيده (بعنى نفسى لفلان)
بالف (فباع) السيد (فهو) اى العبد (له) اى للموكل لان العبد يصلح لان يشترى نفسه لنفسه و يصلح وكيلا عن غيره
فى شراء نفسه لكونه اجنبيا عن نفسه فى حكم المالية فاذا اضاف العقد الى الامر صلح شراؤه للامتثال فيقع للامر (وان لم
يقل) العبد (لفلان عتق) العبد لان المطلق يحتمل الوجهين احدهما هو الامتثال للامر والآخر هو التصرف لنفسه
فلا يقع امتثالا بالشك فبقى التصرف واقعا لنفسه ثم اذا كان الشراء للامر فلا بد من قبول العبد بعد قول المولى بعت
وان وقع للعبد يكتفى بقول المولى بعت بعد قوله بعنى نفسى لان الواحد يتولى طرفى العقد فى العتق لا فى البيع والثمن
على العبد فيهما لا على الآمر (وان وكل العبد غيره ليشتريه من سيده فان قال الوكيل للسيد اشتريته) اى ذلك العبد

لنفسه فباع السيد على هذا الحكم (عتق) العبد على السيد (وولاؤه) اى ولاء العبد (له) اى للسيد لان بيع
نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اذلا ترجع اليه الحقوق
فصار كانه اشترى بنفسه والولاء للمولى (وان لم يقل لنفسه) عند اشترائه (فهو) اى العبد (للوكيل)
لكون قوله مطلقا فيقع التصرف لنفسه (وعليه) اى على المشترى (ثمنه) اى ثمن العبد لكونه عاقدا (وما اعطاه العبد)
للوكيل (لاجل الثمن للمولى) لانه كسب عبده (واذا قال الوكيل لمن وكله بشراء عبد اشتريت لك عبدا فمات)
اى العبد عندى (وقال الموكل) لا بل (اشتريته لنفسك فالقول للموكل ان لم يكن) اى ان لم يوجد (دفع الثمن) الى الوكيل
لانه يدعى الثمن على الموكل وهو ينكره فالقول للمنكر (والا) اى وان وجد دفع الثمن (فللوكيل) اى فالقول للوكيل لانه
امين فالقول للامين مع اليمين وقد اجمل المص فى هذه المسئلة فلابد من التفصيل لانه قال صاحب المنح وغيره
ان العبد ان كان معينا وهو حى فالقول للمأمور انه اشتراه لموكله لا لنفسه اجماعا سواء كان الثمن منقودا اولا لانه
اخبر عن امر يملك استينافه والمخبر به فى التحقق والثبوت يستغنى عن الاشهاد فيصدق وان كان ميتا والحال
ان الثمن منقود فكذلك الحكم لان الثمن كان امانة فى يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه
الذى امر به فكان القول له وان لم يكن الثمن منقودا فالقول للموكل لانه اخبر عما لا يملك استينافه لان الميت ليس
محلا لانشاء العقد به وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر فالقول له وان كان غير معين وهو حى فقال المأمور اشتريته لك
وقال الآمر بل اشتريته لنفسك فالقول للمأمور ان كان الثمن منقودا لانه يخبر عما يملك استينافه وان لم يكن الثمن
منقودا فالقول للآمر عند الامام وعندهما القول للمأمور لانه اخبر عما يملك استينافه فصح كما فى المعين وله انه موضع
تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيقبل قوله
كما فى المنح وغيره فعلى هذا عبارة المص قاصرة فالاولى ان يفصل تدبر (وللوكيل) بالشراء (طلب الثمن من الموكل)
اذا اشترى وقبض المبيع (وان) وصلية (لم يدفعه) اى الثمن (الى البايع) اذ يجرى بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية
ولهذا لو اختلفا فى الثمن يتحالفان ويرد الموكل على الوكيل بالعيب فيصير الوكيل بايعا من موكله حكما فيطلب الثمن
من موكله سواء دفعه الى بايعه اولا (وحبس المشرى لاجله) اى للوكيل بالشراء حبس ما اشتراه من موكله لان يقبض
ثمن المبيع وان لم يدفع الثمن الى بايعه لما علم ان المبادلة الحكمية تجرى بينهما وقال زفر ليس له الحبس لان الموكل
صار قابضا بيده فحق الحبس يسقط وفى التنوير ولو اشتراه الوكيل بنقد ثم اجله البايع كان للوكيل المطالبة حالا
(فان هلك قبل حبسه هلك على الآمر) اى ان هلك المشرى فى يد الوكيل قبل ان يحبسه من موكله يهلك على مال
الموكل لا الوكيل (ولا يسقط ثمنه) اى ثمن المبيع عن الموكل فيرجع الوكيل عليه لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس
يصير الموكل قابضا بيده (وان) هلك المشرى فى يد الوكيل (بعد حبسه) اى حبس الوكيل اياه (سقط) الثمن
عند الطرفين لانه بمنزلة البايع منه وكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه (وعند ابى يوسف هو كالرهن)
لانه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو رهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وهنا لا ينفسخ
اصل العقد قلنا ينفسخ فى حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضى الوكيل به والحاصل ان عندهما
يسقط الثمن بهلاكه وعند ابى يوسف يهلك بالاقل من قيمته ومن الثمن حتى لو كان الثمن اكثر من قيمته رجع الوكيل
بذلك الفضل على موكله وعند زفر يضمن جميع قيمته (وليس للوكيل بشراء معين شراؤه لنفسه) ولا لموكل آخر
لانه يؤدى الى تغرير الآمر من حيث انه اعتمد ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه الا بمحضر من الموكل كما فى الهداية
والتعليل الاول يفيد عدم الجواز بمعنى عدم الحل كما فى البحر وفسره الزيلعى بانه لا يتصور شراؤه لنفسه وهو مناسب
للتعليل الثانى ولو اشتراه لنفسه عند غيبة الموكل ناويا او متلفظا وقع للموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة فانه وقع
للوكيل وعن هذا قال (فان شراه بخلاف جنس ما سمى) من الموكل له (من الثمن او بغير النقود) بان شراه بالعرض
او بالحيوان (وقع) الشراء (له) اى للوكيل لانه خالف امره فنفذ عليه وظاهر قوله بخلاف الجنس يقتضى
ان لا يكون مخالفا بما اذا سمى له ثمنا فزاد عليه او نقص عنه لكن ظاهر ما فى الكافى للحاكم انه يكون مخالفا فيما اذا زاد
لا فيما اذا نقص عنه لانه قال وان سمى ثمنا فزاد عليه شيئا لم يلزم الآمر وكذلك ان نقص من ذلك الثمن الا ان
يكون وصف له بصفة وسمى له ثمنا فاشترى بتلك الصفة باقل من ذلك الثمن فيجوز على الآمر (وكذا) يقع الشراء
للوكيل (ان امر) الوكيل (غيره فشراه الغير) اى الوكيل الثانى (بغيبته) اى بغيبة الوكيل الاول لمخالفة امر الآمر لانه
مأمور بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك فى حال غيبته (وان شراه) اى الوكيل الثانى (بحضرته) اى بحضرة الوكيل
الاول (فللموكل) اى يقع شراؤه للموكل لانه يحضر رأيه ح فلا يكون مخالفا بخلاف الوكيل بالطلاق والعتاق

اذا وكل غيره فطلق الثانى او اعتق بحضرة الاول حيث لا ينفذ وان حضر رأيه (وفى غير المعين هو) اى الشراء للوكيل
يعنى لو اشترى الوكيل بشراء شئ غير معين شيئا يكون الشراء للوكيل اذ الاصل ان يعمل لنفسه (الا ان اضاف
العقد الى مال الموكل) بان قال اشتريت بهذا الالف وهو مال الامر (او اطلق) العقد بان قال اشتريت فقط (ونوى)
الشراء (له) اى للموكل فيكون للموكل فى الصورتين وفى الهداية هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم
الامر كان للامر وهو المراد عندى بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه اى فى النقد تفصيلا وخلافا
وهذا بالاجماع وهو اى الجواب مطلق لا تفصيل فيه وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحال الوكيل على ما
يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم
مطلقة فان نواها للامر فهو للامر وان نواها لنفسه فلنفسه وان يعمل للامر فى هذا التوكيل وان تكاذبا فى النية
يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل
ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابى يوسف يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين
فيبقى موقوفا فمن اى ح اى المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للامر وفيما قلناه
حمل حاله على الصلاح كما فى حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام فى الطعام على هذه الوجوه انتهى (و يعتبر فى السلم
والصرف مفارقة الوكيل لا الموكل) فيبطل عقدهما بمفارقة الوكيل صاحبه قبل القبض لوجود الافتراق من غير قبض
ولا يبطل بمفارقة الموكل اذ القبض للعاقد وهو ليس بعاقد وما قيل من انه اذا حضر الموكل مجلس العقد لا يعتبر
مفارقة الوكيل ضعيف لكون الوكيل اصلا فى الحقوق فى البيع مطلقا كما فى البحر قيد بالوكيل لان الرسول فيهما
لا يعتبر مفارقته لان الرسالة فى العقد لا فى القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد
فلم يصح (ولو قال) الوكيل بالشراء بعنى (هذا لزيد) اى لاجله (فباع ثم انكر المشترى كون زيد آمره) بعد اقراره
بقوله لزيد (فلزيد اخذه) اى اخذ المبيع جبرا (ان لم يصدق انكاره) اى المشترى لان قول الوكيل بعنى هذا لزيد
اقرار منه بالوكالة فلا يلتفت الى انكاره للتناقض (فان صدقه) اى زيد انكاره بان قال لم امره بالشراء (لا يأخذه) زيد
جبرا لان اقرار المشترى ارتد برده (فان سلمه المشترى اليه) اى الى زيد (صح) لان البيع يوجد بينهما حكما لان الوكيل
ولو فضوليا كالبايع والموكل كالمشترى فصار بيعا بالتعاطى (ومن وكل بشراء رطل لحم بدرهم فشرى رطلين
بدرهم مما) اى من اللحم الذى (يباع رطل بدرهم لزم) فى هذا البيع (موكله) من اللحم (رطل بنصف درهم) عند
الامام قيد بما يباع رطل بدرهم لانه لو اشترى لحما لا يباع رطل بدرهم بل اقل يكون الشراء واقعا للوكيل بالاجماع
(وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (يلزمه) اى الموكل (الرطلان بالدرهم) لانه امره بصرف الدرهم فى اللحم
وفعل المأمور وزاده خيرا فصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين وله انه مأمور بشراء رطل مقدر وليس
بمأمور بشراء الزيادة فنفذ شراء رطل عليه وشراء رطل على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل
ملك الموكل فتكون له قيل ان محمدا هنا مع الامام فى قول قيد بالموزونات لان فى القيميات لا ينفذ شئ على الموكل اجماعا
كما فى البحر وفى البزازية امره بان يشترى بعشرة دنانير فاشتراه بمائتى درهم وقيمة الدراهم مثل الدنانير لزم الموكل
خلافا لمحمد وزفر ولو بعرض قيمتها مثل الدراهم لا يلزم الآمر اجماعا (ولو وكل بشراء عبدين بعينهما) بلا ذكر
ثمنهما (فشرى) المأمور للامر (احدهما) اى احد العبدين بقيمته او بنقصان (جاز) عن الامر بالاجماع لان التوكيل
مطلق فيجرى على اطلاقه وقد لا يتفق بينهما فى الشراء الا فيما لا يتغابن الناس فيه وهو الغبن الفاحش لان التوكيل
بالشراء بالمتعارف والمتعارف فيما يتغابن فيه الناس فلهذا قلنا بقيمته او بنقصان (وكذا ان وكل بشرائهما) اى
بشراء عبدين بعينهما (بالالف وقيمتهما سواء فشرى) المأمور (احدهما) اى احد العبدين (بنصفه) اى بنصف
الالف (او باقل) من نصف الالف جاز لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فينقسم بينهما نصفين دلالة فكان امرا بشراء
كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير فوقع عن الامر وان شرى باكثر من نصف
الالف (لا يجوز) اى لا يقع عن الامر بل عن المأمور لانه مخالفة الى شر قلت الزيادة او كثرت وهذا عند الامام
(وقالا يجوز الشراء) باكثر (ايضا) كما يجوز بنصفه او اقل (ان كان شراؤه بما يتغابن الناس فيه وقد بقى ما يشترى
بمثله الاخر) لان التوكيل مطلق فيحمل على المتعارف كما بيناه ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقيه يشترى بمثلها
الباقى ليمكنه تحصيل غرض الامر (فان شرى) الوكيل العبد (الاخر بما بقى) من الثمن (قبل) وقوع (الخصومة)
بينهما (جاز اتفاقا) لحصول المقصود وهو شراء العبدين بالالف (فان قال الوكيل بشراء عبد غير عين) اى غير معين
(بالف) درهم (شريته) اى العبد (بالالف وقال الموكل) بل شريته (بنصفه) اى بنصف الالف

وهو خمسمائة وليس لهما برهان (فان كان قد دفع الموكل اليه) اى الى الوكيل (الالف صدق الوكيل ان ساوى قيمة العبد (الالف) لانه امين وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والموكل يدعى ضمان نصف ما دفع اليه وهو منكر وان لم يساو قيمة العبد الالف بل يساوى نصفه صدق الموكل بلا حلف لانه امره بشراء عبد بالف والمأمور اشترى بغبن فاحش والامر يتناول ما يساويه فيضمن المأمور خمسمائة (وان لم يكن دفعها) اى دفع الموكل الالف الى الوكيل وباقى المسئلة بحالها (فان ساوى) قيمة العبد (نصفها) اى نصف الالف (صدق الموكل) بلا يمين لان المأمور خالف الامر (وان ساواها) اى ان ساوى قيمته الالف (تحالفا) لان الموكل هنا كالبايع والوكيل كالمشترى وقد وقع الاختلاف فى الثمن فيجب التحالف ويفسخ العقد (والعبد للمأمور) فى الصورتين وكذا فى معين لم يسم له ثمنا فشراه واختلفا فى ثمنه) يعنى اذا قال له اشتر هذا العبد لى ولم يسم ثمنا فاشتراه المأمور ثم اختلفا فى ثمنه فقال المأمور اشتريته بالف وقال الآمر بل بخمسمائة وليس لهما برهان يلزمه التحالف كما فى المسئلة الاولى فان نكلا فللوكيل وان نكل احدهما فلمن نكل (ولا عبرة لتصديق البايع) المأمور (فى الاظهر) قيل لان البايع ان استوفى الثمن فهو اجنبى عنهما وان لم يستوف فهو اجنبى عن الامر فلا مدخل له وهذا قول الامام ابى منصور وفى الهدايه وهو اظهر وفى الكافى هو الصحيح وقيل لا تحالف هنا لارتفاع الخلاف بتصديق البايع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد وفى المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف والى هذا مال الفقيه ابو الليث وقال قاضيخان وهو الاصح وفى التنوير ولو اختلفا فى مقدار الثمن الذى عينه له فقال الآمر امرتك بشرائه بمائة وقال المأمور بالف فالقول للآمر مع يمينه والعبد للمأمور فان برهنا قدم برهان المأمور ولو امره بشراء اخيه فاشترى الوكيل فقال الآمر ليس هذا باخى فالقول للامر مع يمينه ويكون الوكيل مشتريا لنفسه وعتق العبد على الوكيل لزعم انه اخو الموكل وعتق على موكله فيؤاخذ بذلك كما فى البحر

) فصل (فى بيان احكام من يجوز للوكيل ان يعقد معه ومن لا يجوز (لا يصح عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من ترد شهادته له) كاصله وفرعه وزوجه وزوجته وسيده وعبده ومكاتبه وشريكه فيما يشتركانه عند الامام (وقالا يجوز) العقد (بمثل القيمة الا فى العبد والمكاتب) لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد الذى لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما فى يد العبد للمولى وكذا للمولى حق فى كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة لان كل واحد منهم ينتفع بمال الاخر عادة فصار بيعا من نفسه من وجه ودخل فى البيع الاجارة والصرف والسلم فهو على هذا الخلاف الا اذا اطلق الموكل بان قال له بع ممن شئت فيجوز بيعه من هؤلاء المذكورين بمثل القيمة كما يجوز عقده معهم باكثر من القيمة بلا خلاف كما فى المنح وفى النهاية وان كان باقل منها بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان البيع بغبن يسير لا يجوز عند الامام ويجوز عندهما وان كان بمثل القيمة فعن الامام روايتان (والوكيل بالبيع يجوز بيعه) من غير هؤلاء (بما قل) من الثمن ولو غبنا فاحشا لان البيع بالغبن الفاحش معتاد عند الاحتياج الى النقد وبالكثير من القيمة (او كثر) وانما ذكره ليتناول كل بدل فان القلة امر اضافى فلم يكن ذكره استطراديا كما قيل (و) كذا يجوز بيعه (بالعرض) سواء قل او كثر من القيمة عند الامام لانه بيع مطلق وقد وجدته خاليا عن التهمة فيجوز (وقالا لا يجوز) بيعه (الا بمثل القيمة وبالنقود) اى لا يجوز بيعه من غير هؤلاء بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لا بالعرض عندهما لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقع الحاجة والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولذا لو صدر من المريض يعتبر من الثلث وكذلك المقايضة فلا يتناوله مطلق اسم البيع قال ابو المكارم وبيع المضارب والمفاوض وشريك العنان بغبن فاحش على هذا الخلاف واما بيع الولى كالاب والجد والوصى والقاضى لا يصح بالاقل الا بما يتغابن فيه بالاتفاق كما فى العمادية (ويجوز بيعه بالنسيئة) ان كان ذلك التوكيل بالبيع للتجارة عند الامام وان كان الاجل غير متعارف لما مر انه بيع مطلق خاليا عن التهمة فيجوز وعندهما لا يجوز الا بالاجل المتعارف لان المطلق ينصرف الى المتعارف وعند الائمة الثلاثة يجوز بثمن المثل وبنقد البلد حالا فان كانت النقود مختلفة يعتبر الاغلب وانما قيدنا للتجارة لانه لو لم يكن لها بل كان لحاجة لا يجوز كالمرأة اذا دفعت غزلا الى رجل ليبيعه لها ويتعين النقد وفى المنح وبه يفتى مذكور فى الخلاصة وكثير من المعتبرات لان الموكل قال بعه فانى محتاج الى ثمنه وهو لو صرح بذلك لم يجز بيعه نسيئة كما فى النتف وينبغى ان يكون الحكم كذلك فى كل موضع قامت الدلالة على الحاجة انتهى وفى البحر لو قال بعه الى اجل فباعه بالنقد قال السرخسى الاصح انه لا يجوز بالاجماع (ويجوز بيع نصف ما وكل ببيعه) كالعبد والفرس عند الامام لان اللفظ مطلق

عن قيد الاجتماع والافتراق فيعمل باطلاقه وعندهما والائمة الثلاثة لا يجوز لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لاندفاع الضرر قبل نقض العقد الاول وبهذا ظهر ان الخلاف فى الذى يتضرر بالتفريق والتقسيم والا يجوز كالبر والشعير اذ ليس فى تفريقه ضرر اصلا كما فى الاصلاح ولذا قلنا كالعبد والفرس (و) يجوز (اخذه) اى اخذ الوكيل بالبيع (بالثمن كفيلا او رهنا) للاستيثاق (فلا يضمن) الوكيل الثمن للموكل والقيمة للراهن (ان توى) اى هلك (ما على الكفيل) من الثمن (او ضاع الرهن فى يده) اى الوكيل لان الوكيل اصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه فى قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن قبض الثمن كما فى الهداية وفى المنح وهو مخالف لما فى الخلاصة من ان الوكيل بقبض الدين له اخذ الكفيل فيحمل كلام الهداية على اخذ الكفيل بشرط البراءة فهو حوالة لا يجوز للوكيل بقبض الدين قبولها كما صرح به فى البزازية والمراد بعدم الضمان عدمه للموكل والا فالدين قد سقط بهلاك الرهن اذا كان مثل الثمن بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ رهنا فضاع فانه لا يسقط من دين الموكل شئ ولا ضمان على الوكيل انتهى (ولو وهب) الوكيل (الثمن من المشترى او ابرأه او حط منه) اى بعض الثمن (جاز) عند الطرفين (ويضمن) الوكيل الثمن كله لموكله فى الحال (وعند ابى يوسف لا يجوز) كل من الهبة والابراء والحط اذ لا ملك له ولا آمر له فيما فعل ولم يجز ولهما ان حقوق العقد راجعة الى العاقد وهذه التصرفات من حقوقه فيملكها ودفع الضرر حاصل بتضمينه فى الحال على وجه الكمال (وكذا الخلاف لو اجله) اى الثمن (او قبل به) اى بالثمن (حوالة) قال قاضيخان ولم يذكر التأجيل فى الاصل قيل يجوز التأجيل فى قول ابى يوسف ايضا كما لو باع بثمن مؤجل وقيل لا يجوز واختاره المص فلذا قال وكذا الخلاف لو اجله (ولو اقاله) الوكيل بالبيع (صح) عقد الاقالة (وسقط الثمن عن المشترى (ولزم) الثمن (الوكيل) عند الطرفين لانه عاقد فيصح تصرفه فيضمن الثمن للموكل قيدنا بالبيع لان الوكيل بالشراء لا يملك الاقالة اتفاقا هذا اذا لم يقبض الثمن فلو قبضه ثم اقال لا يصح وكذا اذا كان على الوكيل دين لرجل فاحاله على المشترى ليأخذ الثمن ثم اقال لا يصح كما فى شرح المجمع (وعند ابى يوسف لا يسقط عن المشترى) لانه اضرار للموكل فيبقى الثمن للموكل فى ذمة المشترى الا ان الاقالة لما كانت عنده بيعا صار الوكيل مشتريا من المشترى المبيع فكان الوكيل مديونا للمشترى مثل الثمن الاول كما فى شرح المجمع (والوكيل بالشراء يجوز شراؤه بمثل القيمة) او باقل منها وهو ظاهر لا يحتاج الى البيان (و) يجوز (بزيادة يتغابن بها وهى) اى الزيادة التى يتغابن بها (ما يقوم به مقوم) بان قومه عدل مثلا بعشرة وعدل اخر بتسعة فاشتراه بعشرة يدخل تحت تقويم مقوم وقدروه فى العروض بزيادة نصف فى العشرة وفى الحيوان بدرهم وفى العقار بدرهمين فهو الغبن اليسير فلزم الموكل وعن هذا قال (وقدر فى العروض ده نيم وفى الحيوان ده يازده وفى العقار ده دوازده) هذا فيما لم يكن له قيمة معلومة كالعبد والدواب وغيرهم واما ما له قيمة معلومة كالخبز واللحم وغيرهما فلا يحتاج الى تقويم مقوم فلا يدخل تحته حتى اذا زاد الوكيل بالشراء شيئا قليلا كالفلس لا ينفذ على الموكل لظهور المخالفة وبه يفتى كما فى البحر وغيره فعلى هذا لو قيد قوله وهو ما يقوم به مقوم بان لم يعرف سعره لكان اولى تدبر (لا بما لا يتغابن بها) اى لا يجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش لجواز اشترائه لنفسه ثم لغلاء ثمنه يحوله على الآمر وهذه التهمة لا توجد فى الوكيل بالبيع اطلقه فشمل ما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه فلا يملك الشراء بغبن فاحش وان كان لا يملك الشراء لنفسه لانه بالمخالفة يكون مشتريا لنفسه وكانت التهمة باقية كما فى التبيين لكن فى الهداية خلافه فانه قال حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وفى العناية ان ما فى الهداية قول عامة المشايخ وبعضهم قال لا ينفذ على الآمر تتبع (ولو وكل ببيع عبد فباع نصفه جاز) عند الامام لما قررناه آنفا (وقالا لا يجوز) بيعه بما يتعيب بالشركة كالعبد لا بما لا يتعيب كالبر فانه يجوز بالاتفاق كما مر (الا ان باع الباقى قبل الخصومة) اى قبل الاختصام الى القاضى ونقض القاضى البيع فح يجوز لعوده الى الوفاق (وهو) اى جوازه ان باع الباقى قبل الخصومة (استحسان) عندهما وانما ذكر هذه المسئلة مع انها قد ذكرت فيما تقدم بقوله ويبع نصف ما وكل ببيعه جاز توطئة لقول الامامين والمسئلة التى تليها وهو التوكيل بشراء عبد لان المسئلة الاولى تذكر بلا خلاف فيتوهم انها متفق عليها فذكرها لدفع التوهم لكن الاولى ان يتركها فيما سبق وذكرها هنا جميعا كما وقع فى الهداية تدبر (وان وكل بشراء عبد فاشترى نصفه لا يلزم الموكل) لما فيه من ضرر الشركة (الا ان اشترى باقيه قبل الخصومة اتفاقا) لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين اثنين

فينفذ على الموكل بالاتفاق والفرق للامام بين البيع والشراء ان الامر فى البيع صادف ملكه فاعتبر فيه اطلاقه
بخلاف الامر بالشراء وقال زفر يلزم الوكيل مطلقا اطلقه فشمل ما اذا كان العبد معينا اولا لانه خالفه بشراء
نصف فلا يلزم الموكل الابعد شرائه فبهذا ظهر عدم صحة ماقيل ينبغى ان لا يتوقف شراء النصف اذا كان
التوكيل بشراء شئ بعينه تأمل (واو رد المبيع) اى رد المشترى المبيع (على الوكيل بعيب بقضاء) اى بقضاء
القاضى (رده) الوكيل (على آمره مطلقا) سواء كان بسبب البينة من قبل المشترى اوبنكول الوكيل حين توجه عليه
اليمين اواقرار الوكيل عند القاضى (فيما) اى فى عيب (لايحدث مثله) لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر
فى النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الامر فكذا باقرار فيما لايحدث مثله لان القاضى
تيقن بحدوث العيب فى يد البايع فلم يكن قضاؤه مستند الى هذه الحجج ثم ان اشتراطها فيما كان تاريخ البيع
مشتبها على القاضى اوكان العيب مما لايعرفه الا النساء والاطباء فان قولهن وقول الطبيب حجة فى توجه الخصومة
لافى الرد فيفتقر الى احدى هذه الحجج للرد حتى لو علم القاضى تاريخ البيع والعيب ظاهر لايحتاج الى شئ منها
كما اذا كان العيب مما لايحدث اصلا كاصبع زائدة لاحاجة الى الحجة وانما قال بقضاء لانه ان كان الرد بغير قضاء
ليس له الرد على الموكل ولا الخصومة معه كما فى عامة روايات المبسوط (وكذا) يرد الوكيل على الآمر (فيما) اى فى عيب
(يحدث) مثله فى هذه المدة (ان كان) قضاء القاضى (ببينة اونكول) عن يمين لما تقدم آنفا (وان) كان قضاء القاضى
(باقرار) الوكيل (فلا) يرده على آمره (ولزم الوكيل) لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر حق المقر دون غيره والوكيل
غير مضطر اليه لانه يمكنه السكوت والنكول ولكن له ان يخاصم الموكل ان كان الرد عليه بقضاء فيلزمه ببينة
اوبنكول وان كان بغير قضاء ليس له ان يخاصم الموكل لانه فسخ للبيع بالتراضى فيكون بيعا جديدا فى حق غيرهما
والموكل غيرهما (ولو باع) الوكيل (نسئة) اى الى اجل (وقال الموكل امرتك بالنقد وقال) الوكيل (لابل اطلقت
اى امرتنى بالبيع من غير تقييد بالنقد (صدق الموكل) مع اليمين لان الآمر مستفاد من الامر ولامساعدة بدلالة اللفظ
على ماقاله المأمور (وفى المضاربة) صدق (المضارب) لان الاصل فى المضاربة العموم والاطلاق فيعتبر قوله مع
اليمين بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة فى نوع والمضارب فى نوع آخر حيث يكون القول لرب المال
(ولايصح تصرف احد الوكيلين وحده فيما وكلا به) لعدم رضى الموكل الا برأيهما معا وفى المنح اطلقه فشمل
ما اذا كان احدهما حرا بالغا عاقلا والآخر عبدا اوصبيا محجورا عليه لكنه مقيد بما اذا وكلهما بكلام واحد
اما اذا كان توكيلهما على التعاقب فانه يجوز لاحدهما الانفراد لانه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد
وقت توكيله بخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل منهما بكلام على حدة حيث لايجوز لاحدهما ان ينفرد
بالتصرف على الاصح انتهى لكن فى الشمنى خلاف ما فى المنح لانه قال لو باع احدهما والآخر حاضر يجوز
ولو كان الآخر غائبا فاجاز لم يجز عند الامام خلافا لابى يوسف ولو كان احدهما صبيا اوعبدا محجورا فللآخر
ان ينفرد بالتصرف ولو مات احدهما اوزال عقله ليس له ذلك تتبع وفى الخانية رجل قال لرجلين وكلت احدكما
بشراء جارية لى بالف درهم فاشترى احدهما ثم اشترى الآخر فان الآخر يكون مشتريا لنفسه ولو اشترى كل واحد
منهما جارية ووقع شراؤهما فى وقت واحد كانت الجاريتان للموكل وعليه الفتوى كما فى البحر (الا فى خصومة)
فان لاحدهما ان يخاصم وحده لان الاجتماع فيها متعذر لافضاء الشغب فى مجلس القضاء خلافا لزفر والشافعى
وظاهره انه اذا خاصم احدهما لم يشترط حضرة الآخر وهو قول العامة لعدم الفائدة بسماعها وهو ساكت كما فى التبيين
وغيره وبه ظهر ان ماذكره ابن الملك من اشتراط الحضرة ضعيف كما فى البحر لكن لابد من مباشرة رأى الآخر
حتى لو باشر احدهما بدون رأى الآخر لايجوز عندنا كما ذكره العينى فعلى هذا يمكن حمل ما فى ابن الملك على الرأى
فيكون موافقا لقول العامة وهو اولى من الحمل على الضعف تدبر (ورد وديعة) وفى البحر ولو قال ورد عين لكان
اولى فانه لافرق بين رد الوديعة والعارية والمغصوب والبيع الفاسد كما فى الخلاصة لكن يمكن بان رد عارية وغصب
داخل فى رد وديعة حكما والبيع الفاسد فى حكم الغصب فاكتفى بذكرها تدبر قيد بالرد للاحتراز عن الاسترداد
فليس لاحدهما القبض بدون صاحبه (وقضاء دين وطلاق وعتق لاعوض فيهما) وكذا تعليق بمشية الوكيلين
وتدبير وتسليم هبة كما فى التنوير لانه مما لايحتاج الى الرأى ويعتبر المثنى فيه كالواحد هذا اذا كان التوكيل
بطلاق واحدة معينة وعتق معين لانه لو وكلهما بطلاق واحدة بغير عينها اوعتق عبد بغير عينه لاينفرد احدهما
كما فى السراج لانه مما يحتاج الى الرأى وقيد بلاعوض فيهما لانه لو كان الطلاق والعتق بعوض لم ينفرد احدهما
الا اذا اجازه الموكل اوالوكيل وفى البحران الوكالة والوصاية والمضاربة والقضاء والتولية على الوقف سواء

فليس لاحدهما الانفراد (وليس للوكيل ان يوكل) غيره لانه فوض اليه التصرف دون الوكيل به اذ رضى برأيه
دون رأى غيره لوجود التفاوت فى الآراء (الا باذن موكله) لتحقق رضائه (او بقوله) اى بقول الموكل للوكيل
(اعمل برأيك) لاطلاقه التفويض الى رأيه واستثنى صاحب التنوير من الاستثناء الاول فقال الا فى دفع زكوة
وفى قبض دين بمن فى عياله وعند تقدير الثمن من الوكيل لوكيله فان تصرف وكيل الوكيل بدون الاذن جاز فيها
(فان اذن) الموكل بالتوكيل (فوكل) الوكيل غيره (كان) الوكيل (الثانى وكيل الموكل الاول لا الثانى) ثم فرعه
بقوله (فلا ينعزل) الوكيل الثانى (بعزله) اى بعزل الموكل الثانى (ولا) ينعزل (بموته) اى بموت الموكل الثانى
قال المولى سعدى ينبغى ان يملك عزله فيما اذا قال الموكل اعمل برأيك انتهى وفيه كلام لان الوكيل مأمور باعمال رأيه
وقد عمل بان يوكل غيره فتم الامر فلا يملك العزل لان العزل الرجوع عن الرأى الاول وليس فى قوله اعمل برأيك
مايدل على هذا بخلاف ما اذا قال اصنع ماشئت لان فيه مايدل على العموم فيملك العزل تدبر (وينعزلان) اى الوكيل
الاول والثانى (بموت) الموكل (الاول) لان الموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه (وان وكل) الوكيل
غيره (بلا اذن) من الموكل (فعقد) الوكيل (الثانى بحضرته) اى بحضرة الوكيل الاول (جاز) عقده لان المق
حضور رأيه وقد حضر وظاهر العبارة الاكتفاء بالحضرة من غير توقف على الاجازة وهذا قول البعض والعامة
على انه لابد من اجازة الوكيل او الموكل وان حضرة الوكيل الاول لاتكفى والمطلق من العبارات محمول
على الاجازة كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا لو قال فاجازه مكان قوله بحضرته لكان اولى تدبر (وكذا لو عقد) الوكيل
الثانى (بغيبته) اى بغيبة الاول (فاجازه) اى اجاز الوكيل عقده جاز ولو اكتفى بقوله فعقد الثانى بحضرته
او بغيبته فاجازه جاز لكان اخصر واولى لان الحكم فيهما موقوف على الاجازة على قول العامة كما بين قبيله تدبر قيد
بالعقد احترازا عن الوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره وطلق الثانى بحضرة الوكيل الاول او طلق الاجنبى
فاجاز الوكيل فانه لايقع وكذا الابراء والخصومة وقضاء الدين كما فى المنح (او كان) الوكيل الاول (قد قدر الثمن)
للثانى فعقد الثانى بغيبته جاز لان الاحتياج فيه الى الرأى لتقدير الثمن وقد حصل كما فى العناية (ولا يجوز لعبد
او مكاتب التصرف فى مال طفله ببيع او شراء ولا تزويجه) لانتفاء ولايتهما بالرق (وكذا الكافر فى حق طفله المسلم)
لانتفاء ولايته بالكفر والاصل ان من لاولاية له على غيره لم يجز تصرفه فى حقه يقال حكم المستأمن والحربى
والمرتد يعلم من حال الذمى دلالة ولذا بين حاله دون غيره من الكفار وقيل تصرف المرتد موقوف بالاتفاق لتردد الملة
فى حقه فان اسلم نفذ وان قتل لا (* باب الوكالة بالخصومة والقبض *) اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع
والشراء لان الخصومة تقع باعتبار مايجب استيفاؤه ممن هو فى ذمته وذلك فى الاغلب يكون لمطالبة المبيع او الثمن
(للوكيل بالخصومة القبض) عند ائمتنا الثلاثة لان من ملك شيئا ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض
(خلافا لزفر) لان القبض غير الخصومة فلا يكون الوكيل به وكيلا بها اذ يختار الموكل للقبض امين الناس وللخصومة
الح الناس (والفتوى اليوم على قوله) اى على قول زفر وهو قول الائمة الثلاثة لان من يؤتمن على الخصومة
من لايؤتمن على المال لظهور الخيانة فى الوكلاء فى هذا الزمان افتى بذلك الصدر الشهيد وكثير من مشايخ بلخ
وسمرقند وغيرهم ولذا اشار الى خلاف زفر عند ائمتنا الثلاثة لقوة قوله فى هذا المقام وفى التنوير الوكيل بالخصومة
اذا ابى لايجبر عليها الا اذا كان وكيلا بالخصومة بطلب المدعى وغاب المدعى عليه بخلاف الكفيل (ومثله)
اى مثل الوكيل بالخصومة (الوكيل بالتقاضى) يعنى ان الوكيل بالطلب مثل الوكيل بالخصومة فانه يملك القبض
على اصل الرواية لانه فى معناه وضعا يقال اقتضيت حقى اى قبضته فانه مطاوع قضى الا ان العرف بخلافه
وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لايملك كما فى الهداية وفى الغاية ان الوكيل بتقاضى الدين يملك اتفاقا فى جواب
كتاب الوكالة لكن فتوى المشايخ على ان لا يملك لفساد الزمان انتهى فعلى هذا ظهر عدم فهم ماقيل من انه
قال صاحب الاختيار والوكيل بالتقاضى يملك القبض بالاجماع لانه لافائدة للتقاضى بدون القبض فيلزم التأمل
فى قوله بالاجماع مع ان الخلاف مصرح فى سائر الكتب لان ماقاله صاحب الاختيار على رواية الاصل والفتوى
لفساد الزمان فلا خلاف بالاتفاق على رواية الاصل لما فى السراجية الوكيل بالتقاضى وكيل بالقبض فى ظاهر
الرواية والفتوى على انه ينظر ان كان التوكيل بذلك فى بلد كان العرف بين التجار ان المتقاضى هو الذى يقبض الدين
كان توكيلا بالقبض والا فلا تدبر وفى التنوير ورسول التقاضى يملك القبض لا الخصومة اجماعا ولا يملك الخصومة
والقبض وكيل الملازمة كما لا يملك الخصومة وكيل الصلح وكذا عكسه (وللوكيل بقبض الدين الخصومة قبل
القبض) عند الامام (خلافا لهما) وهو قول الائمة الثلاثة ورواية عن الامام لانه ليس كل من يصلح للقبض يعرف

الخصومة ويهتدى الى المحاكمة فلايحصل الرضى من الموكل وله انه وكله باخذ الدين من ماله لان قبض نفس
الدين لايتصور ولذا قلنا ان الديون تقضى بامثالها لان المقبوض ملك المطلوب حقيقة وبالقبض يتملك بدلا
عن الدين فيكون وكيلا فى حق التمليك ولاذلك الابالخصومة وثمرته ما اذا اقام الخصم البينة على استيفاء الموكل
اوابرائه تقبل عنده خلافا لهما قيد بقوله قبل القبض لانه بعد القبض لايكون له الخصومة اتفاقا وفى التنوير امره
بقبض دينه وان لايقبضه الاجميعا فقبضه الادرهما لم يجز قبضه على الآمر وللآمر الرجوع على الغريم بكله
ولو لم تكن للغريم بينة على الايفاء فقضى عليه بالدين وقبضه الوكيل فضاع من الوكيل ثم برهن على الايفاء
فلاسبيل للمقضى عليه على الوكيل وانما يرجع على الموكل (وللوكيل باخذ الشفعة الخصومة قبل الاخذ اتفاقا)
حتى لواقام المشترى البينة على الوكيل على ان الموكل سلمها تقبل وتبطل الشفعة واما بعد الاخذ بالشفعة فليس له
الخصومة (وكذا الوكيل بالرجوع فى الهبة) اى له الخصومة حتى لواقام الموهوب له البينة على اخذ الواهب العوض
تقبل ويبطل الرجوع (او بالقسمة) يعنى للوكيل بالقسمة الخصومة حتى اذا وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم
مع شريكه فاقام الشريك البينة على الوكيل بان الموكل قبض نصيبه تقبل (او بالرد بالعيب) على البايع حتى اذا اقام
البايع البينة على الوكيل بان الموكل رضى بالعيب تقبل (وكذا الوكيل بالشراء بعد مباشرته) يعنى له الخصومة واما
قبل مباشرة الشراء لايكون له الخصومة وهذا لان المبادلة تقتضى حقوقا وهو اصل فيها فيكون خصما فيها
(وليس للوكيل بقبض العين الخصومة) بالاجماع لانه امين محض بقبض عين حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول
ثم فرعه بقوله (فلو برهن ذواليد على الوكيل بقبض عبد ان موكله باعه منه تقصر يد الوكيل) عنه (ولايثبت البيع
فيلزم على ذى اليد (اعادة البينة اذا حضر الموكل) اومن يقوم مقامه لان البينة قامت على من لايكون خصما والقياس
فيه دفع العبد الى الوكيل لعدم قبول حجة ذى اليد لقيامها على من ليس بخصم فلم يعتبر وجه الاستحسان ان الوكيل
خصم فى حق قصر يده لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقتصر يده فتقام الحجة ثانيا على البيع اذا احضر الخصم
(كما تقصر يد الوكيل بنقل الزوجة والعبد) يعنى اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق او اقام العبد البينة على العتاق
على الوكيل بنقلهما الى موضع تقبل هذه البينة استحسانا فى قصر يد الوكيل عنهما حتى يحضر الخصم منكرا
ولايثبت الطلاق والعتق لو برهنا) اى المرأة والعبد (عليهما) اى على الطلاق والعتاق (بلا حضور الموكل) لما مر انهما
اقاما حجة على وكيل غير خصم ولذا وجب اعادتها لو حضر موكله بخلاف قصر اليد (واقرار الوكيل بالخصومة
على موكله عند القاضى) بغير الحد ودو القصاص (صحيح) سواء كان وكيلا من قبل المدعى فاقر بالقبض اومن قبل
المدعى عليه فاقر بثبوت الحق وفيه اشعار بانه لو انكره ذلك الوكيل صح بالطريق الاولى وبانه لو استثنى الاقرار صح
وصار وكيلا بالانكار كما لو استثنى الانكار صار وكيلا بالاقرار وفى الصغرى لو استثنى الاقرار بحضرة الطالب صح
والا لا وقال محمد انه ايضا يصح كما فى القهستانى وفى البزازية لو وكله غير جائز الاقرار صح ولم يصح الاقرار فى الظ
لو موصولا وفى الاقضية ومفصولا ايضا (لا عند غير القاضى) اى ان كان اقراره عند غير القاضى فشهد به الشاهدان
عند القاضى فانه غير صحيح استحسانا عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) اى يصح عند غير القاضى عنده لان الموكل
اقام مقام نفسه مطلقا وهو يقتضى ان يملك ما يملك الموكل وهو يملك الاقرار عند غير القاضى كذا وكيله وعند زفر
والشافعى وهو قول ابى يوسف اولا لايصح اصلا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهى منازعة والاقرار
يضادها لانه مسالمة والامر بالشئ لايتناول ضده وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو
الجواب مطلقا فيتضمن الاقرار والموكل يملك الاقرار كذا يملك وكيله عند القاضى لكونه جواب الخصم وهو لايكون معتبرا
الا بمجلس القضاء اذ وراء مجلسه يفضى الى المجادلة والمجاذبة وهو لم يوكل بذلك فح لايكون وكيلا (لكن لو برهن عليه)
اى على الوكيل هذا استدراك من قوله لاعند غير القاضى فلهذا لو ذكر عقيبه لكان انسب تدبر (انه اقر فى غير مجلس
القضاء خرج عن الوكالة ولايدفع اليه المال) اى لايؤمر المدعى عليه بدفع المال الى الوكيل لانه لايصح بعد ذلك للمناقضة
ولانه زعم انه مبطل فى دعواه (كالاب او الوصى اذا اقر فى مجلس القضاء لايصح) اقرارهما (ولايدفع اليه) اى الى الاب
او الوصى (المال) يعنى اذا ادعى الاب او الوصى شيئا للصغير فانكر المدعى عليه فصدقه الاب او الوصى ثم جاء يدعى المال
فان اقراره لايصح لان له ولاية نظرية وذلك بان يحفظ ماله ويتصرف فيه على الوجه الاحسن والاقرار لايكون حفظا
ولايؤمر المدعى عليه بدفع المال اليه لانه لايصح دعواه وينصب وصى آخر ويؤمر بدفع المال اليه لو ثبت (ولايصح
توكيل رب المال كفيله بقبض ما على المكفول عنه) كما لو وكله بقبضه من نفسه او عبده او وكل المحتال المحيل
بقبضه من المحال عليه فانه غير صحيح لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه فى ابراء ذمته (فان انعدم

الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لايقبل لكونه مبريا نفسه فتنعدم بانعدام لازمه
كما فى الهداية وفى العناية سؤال وجواب فليراجع وفى التنوير الوكيل بقبض الدين اذا كفل صح وبطل الوكالة
بخلاف العكس وكذا كل ماصحت كفالة الوكيل بالقبض بطلت وكالته تقدمت كفالته او تأخرت (ومن صدق
مدعى الوكالة بقبض الدين امر بالدفع اليه) لان تصديقه بمن قال انا وكيل الغائب بقبض دينه اقرار على نفسه
لان مايدفعه خالص حقه اذ الديون تقضى بامثالها (فان صدقه صاحب الدين) اى اذا حضر الموكل وصدق الوكيل
فى دعواه الوكالة فلا كلام لحصول الحق (والا) اى وان لم يصدقه (امر) اى امر الغريم (بالدفع اليه) اى الى
صاحب الدين (ايضا) اى كما امر بالدفع الى الوكيل لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول فى ذلك قوله
مع يمينه فيفسد الاداء ان لم يجز الاستيفاء حال قيامه (ورجع) الغريم (به) اى بما دفعه (على الوكيل ان لم يهلك
فى يده) اى رجع الغريم به ان كان ما دفعه اليه باقيا فى يد الوكيل لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان
ينقض قبضه ويأخذ ما يجده ولو كان بقاؤه حكما بان استهلكه الوكيل فانه باق ببقاء بدله (وان هلك) اى المقبوض
فى يد الوكيل (لا) اى لا يرجع فيما هلك لانه بتصديقه اعترف انه محق فى القبض فيكون امينا وهو لايكون ضمينا
ولانه مظلوم فى اخذ الموكل ثانيا والمظلوم لايظلم غيره (الا ان كان ضمنه عند دفعه) فح يرجع على الوكيل بما
مادفعه قيل روى ضمنه بالتشديد وبعدمه فالمعنى بالتشديد الا اذا كان جعل الغريم الوكيل ضامنا بان قال عند دفعه
ان حضر الغائب وانكر وكالتك واخذ منى ثانيا فانت ضامن بهذا المال فقال انا ضامن وبعدم التشديد الا اذا كان
الوكيل بان قال عند دفعه ان حضر الغائب وانكر التوكيل واخذ منه ثانيا فانى ضامن بهذا المال فيصير الوكيل كفيلا
بمال قبضه الداين المنكر ثانيا لان اضافة الضمان الى زمان القبض جائز لا بمال قبضه الوكيل اولا لانه امانة فى يده
بتصادقهما على انه وكيل والامانات لا تجوز بها الكفالة وظاهر المتن انه لارجوع على الوكيل حالة الهلاك الا اذا
ضمن وليس كذلك بل الحكم كذلك لو قال له قبضت منك على انى ابرأتك من الدين كما فى التنوير (او دفع اليه على
ادعائه) حال كونه (غير مصدق وكالته) سواء كان مكذبا او ساكتا فانه يرجع عليه لانه انما دفع له على رجاء الاجازة
فانقطع رجاؤه رجع عليه وفى التنوير فان ادعى الوكيل هلاكه او دفعه لموكله صدق بحلفه وفى الوجوه كلها ليس له
الاسترداد حتى يحضر الغائب (ومن صدق مدعى الوكالة بقبض الامانة لايؤمر بالدفع اليه) لان تصديقه اقرار
بمال الغير اولانه مأمور بالحفظ لا بالدفع بخلاف الدين فاذا لم يصدقه لايؤمر بالدفع اليه بالاولى وفى المنح تفصيل
فليراجع (وكذا) اى مثل ماذكر من الحكم (لو صدقه فى دعوى شرائها من المالك) يعنى لو ادعى انه اشترى الوديعة
من مالكها وصدقه المودع لم يؤمر بدفعها اليه لانه مادام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدقان فى دعوى
البيع عليه (ولو صدقه فى ان المالك مات وتركها) اى الوديعة (ميراثا له امر بالدفع اليه) اذا لم يكن على الميت دين
مستغرق فلو انكر موته او قال لا ادرى لايؤمر بالتسليم اليه ما لم تقم البينة هذه المسئلة قد تقدمت فى اواخر القضاء فكان
ذكرها هنا تكرارا تدبر (ولو ادعى المديون على الوكيل بقبض الدين استيفاء الداين ولا بينة له) اى المديون على استيفاء
الداين (امر بدفعه اليه) اى امر الغريم بدفع المال الذى عليه الى الوكيل لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت
بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق وقد جعلوا دعواه الايفاء لرب الدين جوابا للوكيل اقرارا بالدين وبالوكالة والا
لما اشتغل بذلك كما اذا طلب من الداين وادعى الايفاء فانه يكون اقرارا بالدين وكما اذا اجاب المدعى ثم ادعى الغلط
فى بعض الحدود فانه لايقبل لان جوابه تسليم الحدود كما فى المنح (ولايستحلفه) اى الوكيل (انه ما يعلم استيفاء موكله)
الدين لانه نائب عن الموكل والنائب لايجرى عليه الحلف خلافا لزفر (بل يتبع) الغريم بعد ما دفع المال الى الوكيل
(رب الدين ويستحلفه) اى رب الدين (انه ما استوفى) فان حلف بقى الحكم على حاله ولو نكل بطل الحكم فيسترد فيه
ما قبض (ولو ادعى البايع على وكيل الرد بالعيب ان موكله رضى به) اى بالعيب (لايؤمر بدفع الثمن قبل حلف المشترى)
والفرق بين هذه وما تقدم من مسئلة الدين ان التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ
عن نكوله فهنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند الامام كما هو مذهبه
فى العقود والفسوخ ولايستحلف المشترى عنده بعد ذلك لانه لايفيد واما عندهما فيجب ان يتحد الجواب
فى الفصلين ولايؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابى يوسف ان يؤخر فى الفصلين
وفى المنح فلو ردها الوكيل على البايع بالعيب فى هذه المسئلة فحضر الموكل وصدقه على الرضى كانت له لا للبايع
عند الكل على الاصح (ومن دفع) اليه (رجل اخر عشرة) دراهم (ينفقها على اهله فانفق عليهم) اى على اهله
(عشرة) اخرى (من عنده فهى بها) اى العشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء وحكمه كذلك

قيل هذا استحسان وفى القياس وهو قول الائمة الثلاثة ليس له ذلك فيصير متبرعا لانه خالف امره وقيل القياس والاستحسان فى قضاء الدين لانه ليس بشراء واما الاتفاق فيتضمن الشراء فلابد خلانه كما فى الاصلاح وظ كلامه انه انفق دراهمه مع بقاء دراهم الموكل ولذا قال فى النهاية هذا اذا كانت عشرة دافع قائمة وقت الانفاق وكان يضيف العقد اليها او يطلق اما اذا كانت مستهلكة او اضاف العقد الى عشرة نفسه يصير مشتريا لنفسه متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين فى الوكالة وفى التنوير وصى انفق من ماله ومال اليتيم غائب فهو اى الوصى متطوع فى الانفاق الا ان يشهد على ان ما انفقه قرض عليه او انه يرجع عليه فلا يكون متطوعا وله ان يرجع * باب عزل الوكيل *

وجه تأخيره ظاهر (للموكل عزل وكيله) عن الوكالة لانها حقه فله ان يبطله (الا اذا تعلق به) اى بالتوكيل (حق الغير كوكيل الخصومة بطلب الخصم) فلا يملك عزله فيصير كالوكالة المشروطة فى عقد الرهن ومال الوقف وفيه اشارة الى انه لو علق وكالته بالشرط ثم عزله قبل وجوده صح وعليه الفتوى كما فى القهستانى والى انه بطل تعليق العزل بالشرط (ويتوقف انعزاله) اى انعزال الوكيل (على علمه) اى علم الوكيل ثم فرعه بقوله (فتصرفه) اى تصرف الوكيل (قبله) اى قبل العلم بانعزاله (صحيح) لان فى انعزاله بغير علم اضرارا به اذ ربما يتصرف على انه وكيل فيلحقه العهدة وكذا لو عزل الوكيل نفسه لايجوز بدون علم الموكل وعند الائمة الثلاثة ينعزل الوكيل بلا علم منه الا فى قول عنهم ولو جحد الموكل الوكالة فقال لم اوكلك لايكون عزلا الا ان يقول والله لا اوكلك بشئ ويثبت العزل من الوكالة بمشافهة كقوله عزلتك واخرجتك عن الوكالة وبكتابته وارساله رسولا عدلا او غير عدل حرا او عبدا صغيرا او كبيرا اذا قال الرسول الموكل ارسلنى اليك لابلغك عزله اياك عن وكالته ولو اخبره فضولى بالعزل فلابد من احد شرطى الشهادة اما العدد او العدالة وفى الدرر قال وكلتك بكذا على انى متى عزلتك فانت وكيلى فانه اذا عزله لم ينعزل بل كان وكيلا له ويسمى هذا وكيلا دوريا ولو اراد عزله بحيث يخرج عن الوكالة يقول فى عزله عزلتك ثم عزلتك فانه ينعزل ولو قال كلما عزلتك فانت وكيلى لايكون معزولا بل كلما عزل كان وكيلا فاذا اراد ان يعزله يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن المنجزة فح ينعزل لان ما لا يكون لازما يصلح الرجوع عنه والوكالة منه كما فى التبيين وفى التنوير وكله بقبض الدين ملك عزله ان بغير حضرة المديون وان وكله بحضرته لا الا اذا علم به المديون فلو دفع المديون دينه الى الوكيل قبل علمه بعزله يبرأ (وتبطل الوكالة بموت الموكل) هذا اولى من عبارة الوقاية بموت احدهما لانه قال صاحب الدرر ولما لم يكن لذكر الوكيل هنا فائدة تركته لكن يمكن ان الوكيل لو مات فحق الرد بالعيب لوارثه او وصيه وان لم يكن فللموكل فى رواية ولوصى القاضى فى اخرى كما فى القهستانى ففيه فائدة (وجنونه) اى جنون الموكل وكذا جنون الوكيل (مطبقا) اى مستوعبا (وحده) اى حد المطبق (شهر عند ابى يوسف) وكذا عند الامام فى قول وعليه الفتوى كما فى المضمرات (وحول عند محمد) وكذا عند الامام فى قول (وهو المختار) لانه يسقط به جميع العبادات حتى الزكوة فقدر به احتياطا (و) تبطل (بلحاقه) اى لحاق الموكل (بدار الحرب مرتدا) عند الامام لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة (خلافا لهما) فان تصرفاته نافذة عندهما الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق فلو عاد من دار الحرب مسلما ولم يحكم بلحاقه تعود الوكالة عندهم وان حكم ثم عاد تعود الوكالة عند محمد خلافا لابى يوسف كما فى القهستانى وفى المنح فظاهر كلام الكنز وغيره من المتون ان كل وكالة يبطل بموت الموكل وجنونه وليس كذلك بل لابد من استثناء مسائل من هذا الاصل فقال الا اذا وكل الراهن العدل او المرتهن ببيع المرتهن عند حلول الاجل فلا ينعزل بموت الموكل وجنونه كالوكيل بالامر باليد والوكيل ببيع الوفاء وتمامه فيه فليراجع (وكذا) تبطل وكالته (بعجز موكله) حال كون الموكل (مكاتبا) اى اذا وكل مكاتب وكيلا بالبيع مثلا ثم صار رقيقا بعجزه عن اداء بدل الكتابة بطل وكالة وكيله لانه وقع تصرفه فى مال الغير بلا امره (وحجره) اى حجر الموكل حال كونه عبدا (مأذونا) ولا فرق فيه بين العلم وعدمه لانه عزل حكمى فلا يتوقف على العلم كما وكيل بالبيع اذا باعه موكله وفى القهستانى وانما فصل بكذا للتنبيه على العامل البعيد لا لما ظن ان فى ما بعده لم يشترط علم الوكيل وفيه اشعار بان المكاتب او المأذون اذا وكل رجلا بالتقاضى او الخصومة لم تبطل وكالته بالعجز والحجر كما فى النهاية (و) تبطل الوكالة فى حق من لم يوكل صريحا من الشريكين بسبب (افتراق) هذين (الشريكين) عن الشركة اى يثبت عزل الوكيل بافتراقهما ولا يتوقف على علم الوكيل لما مر انه عزل حكمى والعلم شرط للعزل الحقيقى واطلاقه شامل ما اذا افترقا ببطلان الشركة بهلاك المالين او احدهما قبل الشراء فتبطل الوكالة ضمنية واما اذا وكل الشريكان او احدهما وكيلا للتصرف فى المال فلو افترقا فانعزل فى حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن

فى

فى التوكيل وتمامه فى البحر فليطالع (وتصرف) هو بالجراى وكذا تبطل الوكالة بتصرف (الموكل فيما وكل به تصرفا) يعجز الوكيل عن الامتثال به كما اذا وكله باعتاق عبده او كتابته او تزويج امرأة او شراء شئ او طلاق او خلع او بيع عبد فاعتق او كاتب او زوج او طلق ثلثا او واحدة ومضت عدتها او خالعها او باع بنفسه فان الموكل او فعل واحدا منها بنفسه يعجز الوكيل عن ذلك الفعل فتبطل الوكالة ضرورة حتى ان الموكل اذا طلقها واحدة والعدة قائمة بقيت الوكالة لامكان تنفيذ ما وكل به ولو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لزوال حاجته بخلاف ما لو تزوجها الوكيل وابانها حيث يكون له ان يزوج الموكل لان الحاجة باقية كما فى الدرر وفى المنح وتعود الوكالة اذا عاد الى الموكل قديم ملكه فلو وكله بالبيع فباعه الموكل ثم رد عليه بما هو فسخ فالوكيل على وكالته وان رد بما لايكون فسخا لا تعود الوكالة كما لو وكله فى هبة شئ ثم وهبه الموكل ثم رجع فى هبته لم يكن للوكيل الهبة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل او آجره فسلمه فهو على وكالته فى ظاهر الرواية ولو وكله ان يواجر داره ثم اجرها الموكل بنفسه ثم انفسخت الاجارة يعود على وكالته ولو وكله ببيع داره ثم بنى فيها فهو رجوع عنها عند الطرفين لا التخصيص والوصية بمنزلة الوكالة او بقى اثر ملكه كما لو طلق امرأته فهى فى العدة فان تصرف الوكيل غير متعذر بان يوقع الثانى فى العدة وهى اثر ملكه كما تقدم انتهى لكن فى قوله او بقى شيئان الاول انه معطوف على قوله عاد وهو ظرف للعود ولا عود فى صورة بقاء الاثر والثانى انه يلزم التكرار بما سبق من قوله وبتصرفه بنفسه كما لو طلق امرأته فهى فى العدة الى آخره تدبر (ولا يشترط فى الموت وما بعده) من الجنون واللحاق والعجز وافتراق الشريكين وتصرف الموكل فيما وكل به (علم الوكيل) لما مر ان العلم شرط للعزل القصدى لا للعزل الحكمى كما فى اكثر المعتبرات قال يعقوب باشا وهنا كلام وهو ان فى الكافى مسئلة تدل على اشتراط العلم فى العزل الحكمى ايضا وتمامه فيه فليطالع * كتاب الدعوى *

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة هى واحدة الدعاوى بفتح الواو وكسرها وبعضهم قال الفتح اولى وبعضهم الكسر اولى ومنهم من سوى بينهما وفى الكافى يقال ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعى وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطأ والمصدر الادعاء افتعال من دعا والدعوى على وزن فعلى اسم منه والفها للتأنيث فلا ينون يقال دعوى باطلة او صحيحة وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى والدعوى فى الحرب ان يقول الناس يا لفلان انتهى ثم اعلم انها مشروعة بالكتاب والسنة واجماع الامة (هى) اى الدعوى فى اللغة عبارة عن اضافة الشئ الى نفسه حال المسالمة او المنازعة مأخوذ من قولهم ادعى اذا اضاف الشئ الى نفسه بان قال لى ومنه دعوة الولد وفى الشرع يراد به اضافة الشئ الى نفسه حالة المنازعة لا غير كما فى المبسوط وقيل هى فى اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفى الشرع ما اختاره المص تبعا للوقاية بقوله (اخبار) عند القاضى او الحكم فانه شرط كما فى الكافى وغيره (بحق) معلوم فانه شرط (له) اى للمخبر (على غيره) اى على غير المخبر الحاضر لما فى التنوير وغيره وشرطها مجلس القاضى وحضور خصم ومعلومية المدعى وكونه ملزمة وكون المدعى مما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده باطلة انتهى فعلى هذا الطلاق المص لا يخ عن شئ كما فى القهستانى الا ان يقال عدم تقييده بالحضور لكون حضور مجلس القاضى مأخوذا فى مفهوم الدعوى وهى مطالبة حق عند من له الخلاص ولئلا يخرج عن التعريف بلا تكلف الدعوى الصادرة عن صاحب كتاب القاضى الى القاضى فى مجلس القاضى الكاتب فانه دعوى صحيحة حتى يكتب فى الكتاب عقيب الاستشهاد بالدعوى الصحيحة الصادرة الى آخره مع انه اخبار بحق له على غيره وليس بحاضر واما عدم تقييده بمجلس القضاء فلانه جعله شرطا وشرط الشئ خارج عن ذلك الشئ تأمل (والمدعى) شرعا (من لا يجبر) اى لا يكره (على) هذه (الخصومة) اى المخاصمة وطلب الحق فلا يشكل بما كان فيه مخاصما من وجه آخر كما اذا قال قضيت الدين بعد الدعوى فانه لا يجبر على هذه الخصومة اذا تركها (والمدعى عليه من يجبر) على هذه الخصومة والجواب لكونه منكرا معنى ولو مدعيا صورة ولذا قال محمد فى الاصل المدعى عليه هو المنكر وهو الصحيح اذ الاعتبار للمعانى فلا يشكل بوصى اليتيم فانه مدعى عليه معنى فيما اذا اجبر القاضى على الخصومة لليتيم كما فى القهستانى وانما عرفهما بذلك وعدل عما يقتضى التعريف اشارة الى اختلاف المشايخ فيهما فقيل المدعى من اذا ترك ترك والمدعى عليه خلافه وهذا حاصل ما ذكر فى هذا المتن قال ابو المكارم والتعريف المذكورة وان كان عاما صحيحا كما قال فى الهداية لكنه تعريف له بما هو حكمه انتهى وقيل المدعى من لا حجة له عليه والمدعى عليه خلاف هذا ولذا يقال المسيلمة الكذاب مدعى النبوة ولا يقال لرسولنا عليه السلام وقيل المدعى من لا يستحق الا ببينة والمدعى عليه من يكون مستحقا بلا حجة اذ بقوله هو لى يكون

اعلى ما كان مالم يثبت المدعى استحقاقه قيل المدعى من يلتمس خلاف الظاهر وهو الامر الحادث والمدعى
عليه من يتمسك بالظاهر كالعدم الاصلى انتهى اذ لا يعرض على من له اليد حق المدعى بمجرد دعواه كما
لا يعرض الوجود على العدم الاصلى فلم يلزم عليه ماقال بعض الفضلاء ومنهم من قال المدعى من يلتمس
خلاف الظا ولا يلزم ان يكون امرا حادثا والمدعى عليه من يتمسك بالظا و لا يلزم ان يكون عدما اصليا انتهى
لان المراد بالامر الحادث كونه محتاجا الى الدليل فى ظهوره ووجوده وبالعدم الاصلى عدم كونه محتاجا اليه
اصلا فالمودع الذى يدعى رد الوديعة الى المودع لا يكون مدعيا حقيقة وكذا لا يكون المودع بانكاره الرد
منكرا حقيقة لانه بانكاره يدعى شغل ذمة المودع معنى وكذا المودع بادعائه الرد ينكر الشغل معنى ليفرغ ذمته
عن الضمان فيجبر على الخصومة فيما انكره معنى من الضمان لكونه مدعى عليه فيصدق قوله مع اليمين اذ الاعتبار
للمعانى دون الصور كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ (ولا تصح الدعوى الا بذكر شئ) اى قول دين او عين
(علم جنسه) اى جنسه ذلك الدين كالدراهم والدنانير والحنطة وغيرها (وقدره) مثل كذا وكذا درهما ودينارا
اوكرا قيل لابد ايضا من ذكر وصفه بانه جيد اوردى فى دعوى الدين اذ هو يعرف به لان الزام الخصم بالمجهول
عند قيام البرهان متعذر وكذا الشهادة والقضاء غير ممكن بخلاف العين كما سيجئ وفيه اشارة الى انه لو كتب
صورة الدعوى بلا عجز عن تقريرها لم تسمع كما فى القهستانى فان عجز عن الدعوى عن ظهر القلب فكتب
فتسمع كما فى الخزانة (فان كان) المدعى (دينا) اى حقا فى الذمة (ذكر) المدعى (انه يطالبه به) اى ان المدعى
يطالب المدعى عليه بالدين لان فائدة الدعوى اجبار القاضى المدعى عليه على ايفاء حق المدعى
وليس للقاضى ذلك الا اذا طالبه به فامتنع (وان كان) المدعى (عينا نقليا) اى منقولا (ذكر) المدعى (انها)
اى العين (فى يد المدعى عليه بغير حق) دفعا لاحتمال ان يكون مرهونا او محبوسا بالثمن فى يده قال صدر الشريعة
هذه العلة تشمل العقار ايضا فلا ادرى ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم وفى حاشية يعقوب باشا
جواب عن طرف صاحب الدرر واعتراض عليه فليطالع (وانه) اى المدعى (يطالبه) اى المدعى عليه (بها)
اى بالعين (ولابد من احضاره) اى يكلف احضار العين المنقولة (ان امكن) الاحضار (ليشار اليها) اى الى العين
(عند الدعوى وعند الشهادة والحلف) لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة فى المنقول لان النقل
ممكن والاشارة ابلغ فى التعريف حتى قالوا فى المنقولات التى يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر الحاكم عندها او بعث
امينا كما فى البحر وغيره لكن على رواية والا فقوله وان تعذر يذكر قيمتها يغنى عنه تدبر وفى المجتبى معزيا الى الاسبيجابى
فى مسئلة الشاهدين اذا شهدا على سرقة بقرة واختلفا فى لونها تقبل الشهادة خلافا لهما ثم قال وهذه المسئلة تدل
على ان احضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى ولو شرط لاحضرت ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة
فى لونها ثم قال وهذه المسئلة الناس عنها غافلون لكن ليس فى ذلك دليل على ما ذكر لانها اذا كانت غائبة لا يشترط
احضارها والقيمة كافية كما فى البحر (وان تعذر) اى تعذر احضار المنقولات بان كانت هالكة او غائبة (يذكر قيمتها)
ليصير المدعى معلوما بها لان الغائب لا يعرف الا بالوصف والقيمة قال ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة
والانوثة فى الدابة هذا اذا ادعى العين اما اذا ادعى قيمة شئ مستهلك فلابد من بيان جنسه ونوعه واختلفوا
فى بيان الذكورة والانوثة فى الدابة قال العمادى ادعى اعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل
ولم يذكر قيمة عين على حدة اختلف المشايخ فيه بعضهم شرط التفصيل وبعضهم اكتفى بالاجمال وهو الصحيح
لانه لو قال غصب منى عينا كذا ولا ادرى انه هالك او قائم ولا ادرى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب انه تسمع دعواه
لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به كما فى الكافى فان عجز عن ردها كان القول
فى مقدار القيمة قول الغاصب فلما صح دعوى الغصب من غير بيان القيمة فلان يصح اذا بين قيمة الكل جملة كان
اولى وفى التبيين فاذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود ايضا بل اولى وقيل يشترط ذكر القيمة اذا كانت
الدعوى سرقة ليعلم ان السرقة كانت نصابا فاما فيما سوى ذلك فلا يشترط كما فى الجامع وفى التنوير وفى دعوى الايداع
لابد من بيان مكانه سواء كان له حمل اولا وفى الغصب ان كان له حمل ومؤنة فلا بد من بيان موضع الغصب والا وفى
دعوى المثليات لابد من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجود (وفى العقار لا يحتاج الى قوله بغير حق)
كما يحتاج اليه فى المنقول ولكن يذكر ان العقار فى يده لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا كان العقار فى يده فلابد
من اثباته لكن سؤال صدر الشريعة باق على ماقاله يعقوب باشا فى حاشيته ويؤيد ما فى القهستانى من قوله وزيده
فى العقار ايضا عند بعض المشايخ كما فى قاضيخان والخزانة وهو المختار عند كثير انتهى لكن اختلف المشايخ

فى الفتوى كما سيأتى تتبع (ولا تثبت اليد) اى يد المدعى عليه (فيه) اى فى العقار (بتصادقهما) اى لا تثبت
بتصادق المدعى والمدعى عليه على انه فى يده (بل) يثبت اليد فيه (ببينة) بان يشهد الشهود انهم عاينوا فى يده حتى
لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل (او علم القاضى) انه فى يده لاحتمال كون العقار فى يد غيرهما وقد تواضعا على ذلك
بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا حاجة الى البينة ولا الى العلم بل تثبت بتصادقهما (فى الصحيح) احتراز
عما قيل ان اليد تصح بالاقرار فلا حاجة الى البينة ولا الى العلم وفى البحر شهدوا انه ملكه ولم يقولوا فى يده بغير حق
يفتى بالقبول قال الحلوانى اختلف فيه المشايخ والصحيح انه لا تقبل لانه ان لم يثبت انه فى يده بغير حق لا يمكنه المطالبة
بالتسليم وبه كان يفتى اكثر المشايخ وقيل يقضى فى المنقول لا فى العقار حتى يقولوا انه فى يده بغير حق فالصحيح الذى
عليه الفتوى انه تقبل فى حق القضاء بالملك لا فى حق المطالبة بالتسليم وتمامه فيه فليراجع وفى المنح وليس ماذكر
من اشتراط ثبوت اليد فى العقار بالبينة او العلم مطلقا فى جميع الصور بل اذا ادعى المدعى ملكا مطلقا فى العقار اما
دعوى الغصب والشراء فلا يشترط ثبوت اليد (ولابد فيه) اى فى العقار (من ذكر البلد والمحلة) وفى الفصولين
فى دعوى العقار لابد ان يذكر بلدة فيها العقار ثم المحلة ثم السكة اختيارا لقول محمد فان مذهبه ان يبدأ بالاعم
ثم بالاخص وقيل يبدأ بالاخص ثم بالاعم (و) لابد من ذكر (الحدود الاربعة فى الدعوى والشهادة واسماء اصحابها)
اى اصحاب الحدود (ونسبهم الى الجد) ليتميزوا عن غيرهم لان تمام التعريف يحصل به فى الصحيح من مذهب الامام
هذا اذا لم يكن مشهورا (وفى الرجل المشهور يكتفى بذكره) لحصول الحق به (فان ذكر ثلاثة وترك الرابع صح)
وقال زفر لا لان التعريف لم يتم ولنا ان للاكثر حكم الكل على ان الطول يعرف بذكر الحدين والعرض باحدهما
وقد يكون بثلاثة روى عن ابى يوسف يكفى الاثنان وقيل الواحد (وان ذكره) اى الحد الرابع (وغلط فيه) اى
فى الحد الرابع (لا) يصح لانه يختلف المدعى ولا كذلك بتركه وفى المنح وانما يثبت الغلط باقرار الشاهد انى
غلطت فيه اما لو ادعاه المدعى عليه لا تسمع ولا تقبل بينته وتمامه فيه فليطالع (واذا صحت) اى اذا جازت وقامت
دعوى المدعى برعاية ماسبق (يسأل القاضى الخصم) اى المدعى عليه (عنها) اى ان دعواه ليتضح وجه حكمه
لان القضاء بالبينة يخالف القضاء بالاقرار ومعنى سؤاله ان يقول خصمك ادعى عليك كذا وكذا فماذا تقول (فان اقر) اى
الخصم (حكم عليه) اى على الخصم اى يحكم القاضى بالخروج عن موجب ما اقر به لان الاقرار حجة بنفسه فلا يتوقف
فى صدقه على الحكم من القاضى ولذا قال فى الاصلاح فان اقر فيها ولم يقل حكم (وان انكر) الخصم انكارا صريحا
اوغير صريح كما اذا قال لا اقر ولا انكر فانه انكار عندهم وماروى انه اقرار غير ظ فيحبس حتى يقر فغلط كما فى
القهستانى لكن قال السرخسى وعند ابى يوسف يحبس الى ان يجيب وفى البحر والفتوى على قول ابى يوسف فيما
يتعلق بالقضاء كما فى القنية والبزازية فلذا افتيت بانه يحبس الى ان يجيب وتمامه فيه فليراجع (سأل) القاضى (المدعى
البينة) فى دعواه (فان اقامها) اى ان اقام المدعى البينة يحكم القاضى على خصمه لانه نور دعواه بالبينة فهى فعيلة
من البيان او البين اذ بها يظهر الحق من الباطل وينفصل بينهما (والا) اى وان لم يقمها بل عجز عن اقامتها (حلف) اى
حلف القاضى (الخصم) وهو المدعى عليه (ان طلب خصمه) اى طلب المدعى تحليف المدعى عليه لانه عليه السلام
قال للمدعى الك بينة فقال لا وقال فلك يمينه فقال يحلف ولا يبالى فقال عليه السلام ليس لك الا هذا شاهداك او يمينه
فصار اليمين حقا لاضافته اليه بلام التمليك قيد بتحليف القاضى لان المدعى عليه لو حلف بطلب المدعى يمينه
بين يدى القاضى من غير استحلاف القاضى فهذا ليس بتحليف لان التحليف حق القاضى فلو برهن عليه تقبل
والا يحلف ثانيا عند القاضى فلا يحلف قبل طلبه عند الطرفين فى جميع الدعاوى وكذا عند ابى يوسف الا فى
مسائل فى الرد بالعيب يحلف المشترى بالله ما رضيت بالعيب والشفيع بالله ما ابطلت شفعتك والمرأة اذا طلبت
فرض النفقة على زوجها الغائب تحلف بالله ما خلف لك زوجك شيئا والا اعطاك النفقة والمستحق يحلف بالله
ما بعت واجمعوا على ان من ادعى دينا على الميت يحلفه القاضى بلا طلب الوصى والوارث (فان حلف) المدعى عليه
(انقطعت الخصومة حتى تقوم البينة) اى اذا حلف المدعى عليه فالمدعى على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه
الا انه ليس له ان يخاصمه مالم يقم البينة على وفق دعواه فان اقامها بعد الحلف تقبل قال عليه السلام اليمين الفاجرة
احق ان ترد بالبينة العادلة ولان طلب اليمين لا يدل على عدم البينة لاحتمال انها غائبة او حاضرة فى البلد ولم تحضر
ولان اليمين بدل البينة فاذا قدر على الاصل بطل حكم الخلف فلا عبرة لما قاله بعض الفقهاء من ان البينة
لا تسمع بعد اليمين كما فى الدرر وغيره (وان نكل) عن اليمين (مرة) اى قال لا احلف (اوسكت بلا آفة) من خرس اوطرش
اوغيره فان السكوت بلا آفة نكول حكما هو الصحيح كما فى السراج (فقضى) اى قضى القاضى له عليه بالمال

(بالنكول) ای بسبب الامتناع عنه (صح) ذلك القضاء لان النكول دل على كونه باذلا اومقرا اذلولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب دفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب على جانب التورع فی نكوله (وعرض اليمين) عليه (ثلثا) بان يقول له فی كل مرة انی اعرض عليك اليمين فان حلفت والاقضيت عليك بما ادعاه (ثم القضاء) على تقدير نكوله (احوط) لما فيه من المبالغة فی الانظار ولاعبرة بعد القضاء بقوله احلف لانه ابطل حقه بالنكول فلاينقض به القضاء و يعتبر قوله احلف قبيل الحكم ولو بعد العرض ثلثا وفيه اشعار بانه لابد ان يكون النكول فی مجلس القضاء واتصل القضاء به و بدونه لايوجب شيئا كما فی التبيين وفی المجتبی يشترط ان يكون القضاء على فور النكول عند بعض المشايخ وقال الخصاف لايشترط حتى لواستمهله بعد العرض يوما او يومين اوثلاثة فلا بأس به وهوقول الائمة الثلاثة وفی المنح ولم ارفيه ترجيحا وفی البحر واما المذهب فانه لوقضى بالنكول بعد العرض مرة واحدة وهو الصحيح والاول اولى انتهى (ولاترد يمين على مدع) اذانكل المدعى عليه عن اليمين وعند الائمة الثلاثة ترد عليه عند نكوله فان حلف قضى له والالا (ولايقضى بشاهد و يمين) وقال الشافعی لواقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن الآخر ترد اليمين على المدعى فان حلف قضى له والالالان النبی عليه السلام قضى بشاهد و يمين ولنا قوله صلى الله عليه وسلم البينة للمدعی واليمين على من انكر وهذا الحديث مشهور كاين كالمتواتر وحديث الشاهد واليمين غريب ضعفه الطحاوی واول من قضى به معاوية رض ولم يقع العمل به الى زمانه لعدم الحاجة اليه حتى لوقضى القاضی به لاينفذ (ولايحلف فی نكاح) ای نفس النكاح اوالرضى به اوالامر به فلوادعى احد من الزوجين بلابينة نكاحا على الاخر وهو منكرة (ورجعة) بان يدعى احد الزوجين بعد العدة على الاخر انه راجعها فی العدة والاخر ينكرها فان ادعى الرجعة فی العدة يثبت بقوله فی الحال كما فی القهستانی (وفیء وايلاء) كما فی نسخة المص لكن الاولى كما فی سائر المتون وفیء ايلاء بدون الواو ای فی الرجوع فی مدة الايلاء بان يدعى احدهما على الاخر بعد مدة الايلاء انه فاء ورجع اليها فی مدته والاخر منكر وفی القهستانی فان اختلفوا قبل المدة ثبت الفیء بقوله (واستيلاد) ای طلب ولد بان يدعى احد من الامة والمولى والزوجة والزوج انها ولدت منه ولدا حيا اوميتا كما فی قاضيخان لكن فی المشاهير ان دعوى الزوج والمولى لم يتصور لان النسب ثبت باقراره ولاعبرة لانكارها بعده و يمكن ان يقال انه بحسب الظ لم يدع النسب كما دل عليه تصويرهم كما فی القهستانی (ورق) بان ادعى رجل على مجهول الحال انه رقه اوادعى المجهول انه سيده وانكر الاخر (ونسب) بان ادعى ان هذا ولده اووالده اوهو يدعى عليه والاخر ينكر (وولاء) سواء كان ولاء العتاقة اوولاء الموالاة بان يدعى احد من المعروف والمجهول على الاخر انه معتقه اومولاه فلايحلف عند الامام فی هذه الامور لان المق من الاستحلاف القضاء بالنكول والنكول جعله بدلا واباحة صيانة عن الكذب الحرام والبذل لايجری فی هذه الامور (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (يحلف) لان النكول اقرار و الظ انه يحلف على تقدير صدقه فاذا امتنع عليه ظهر انه غير صادق فی انكاره اذلوكان صادقا لاقدم عليه ولما كان النكول اقرارا فالاقرار يجری فی هذه الاشياء فيستحلف على صورة انكار المنكر لاعلى دعوى المدعى حتى ان نكل يقضى بالنكول (وبه) ای بقول الامامين (يفتى) كما فی قاضيخان وهو اختيار فخر الاسلام على البزدوی معللا بعموم البلوى وفی النهاية قال المتأخرون ان المدعى اذا كان متعنتا يأخذ القاضی بقولهما ومظلوما بقوله (ولا) يستحلف (فی حد) اتفاقا هو خالص حق الله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة ومغلب حقه تعالى كحد القذف فان حق العبد فيه مغلوب فلوادعى احد على احد قذفه بالزنا فانكره لم يحلف الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه قد زنى ولابينة عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل يثبت العتق دون الزنا ذكره الزيلعی وصححه الحلوانی خلافا للسرخسی (و) لا فی (لعان) ايضا بالاتفاق اذا ادعت المرأة على زوجها انه قذفها قذفا يوجب اللعان وانكر الزوج لان اللعان قائم مقام حد الزنا فی جانب الزوج فلايثبت بالنكول الذی هو اقرار مع شبهة (والسارق يحلف) بالاتفاق عند ارادة اخذ المال و يقول فيه بالله تعالى ماله عليك هذا المال وعن محمد ان القاضی يقول للمدعى ماذا تريد فان قال اريد القطع يقول فی جوابه ان الحدود لايستحلف فيه وان قال اريد المال يقول له دع دعوى السرقة وادع المال (فان نكل) عن الحلف (ضمن) المال (ولايقطع) لان النكول اقرار مع شبهة فيعمل فی الضمان دون القطع كما اذا شهد رجل وامرأتان على السرقة والمال تقبل فی المال دون القطع (ويحلف الزوج ان ادعت) الزوجة (طلاقا) بلابينة لها عليه (قبل الدخول اجماعا) لان مقصودها المال والاستحلاف يجری فی المال بالاجماع (فان نكل ضمن) الزوج (نصف المهر) وانما وضع المسئلة فی الطلاق قبل الدخول لانه لواطلق ينصرف الى الطلاق الذی يلزم منه المهر تاما و يبقى امر الطلاق الذی يلزم منه نصف المهر مستورا فكشفه اولى مع ان لزوم الحلف فی الطلاق بعد الدخول بطريق الاولى فانه اذا استحلفه قبل تأكد المهر فبعده

اولى (وكذا) يحلف (فی النكاح اذا ادعت) المرأة (مهرها) وانكر الزوج فلونكل يلزم المهر ولايثبت النكاح عند الامام بخلاف الطلاق وكذا اذا ادعت النفقة بالنكاح يستحلف فان نكل يلزم النفقة دون النكاح (وفی النسب) ای يحلف فی دعوى النسب (ان ادعى حقا كارث ونفقة) بان ادعى رجل على رجل انه اخوه مات ابوهما وترك مالا فی يد المدعى عليه اوطلب من القاضی فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب بالاجماع فان حلف بریء وان نكل قضى بالمال والنفقة لا بالنسب ان كان النسب نسبا لايصح الاقرار به وان كان نسبا يصح الاقرار به فعلى الخلاف (وغيرهما) كالحجر بان كان صبی فی يد رجل التقطه وهولايعبر عن نفسه فادعت امرأة حرة الاصل انه اخوها تريد قصر يد الملتقط لما لها من حق الحضانة وارادت استحلافه فنكل ثبت لها حق نقل الصبی الى حجرها ولايثبت النسب وكذا العتق بسبب الملك بان ادعى عبد على مولاه انه عتق لانه اخوه واراد الواهب الرجوع فی الهبة فقال الموهوب له انا اخوك فان المدعى عليه يستحلف على مايدعى بالاجماع (وفی القصاص) ای يحلف جاحد القود فی النفس والاطراف بالاتفاق (فان نكل فی) دعوى النفس لم يقتص منه بل (حبس حتى يقر) فيقتص منه (او يحلف) فيطلق عن الحبس والايحبس ابدا وان نكل (فيما دونها) ای النفس (يقتص) منه وهذا عند الامام لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا ابيح قطعها للحاجة ولم يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامر صاحبها بخلاف النفس فانه لوقتله بامره يجب عليه القصاص فی رواية والدية فی اخرى واذا سلك بالاطراف مسلك الاموال يجری فيه البذل كما يجری فی الاموال كما فی اكثر المعتبرات وماقاله ابو المكارم من انه يتوجه عليه ح لزوم قطع يد السارق بالنكول وقد مر انه لايقطع ليس بوارد لان قود الطرف حق العبد فيثبت بالشبهة كالاموال بخلاف القطع فی السرقة فانه خالص حق الله تعالى وهو لايثبت بالشبهة فظهر الفرق تدبر (وعندهما يضمن الارش فيهما) ای فی صورتی دعوى النفس والاطراف لان النكول اقرار عندهما لكن فيه شبهة البذل فيمتنع فی الطرف بما فيه شبهة القصاص كما فی النفس فيجب المال فيهما لتعذر القصاص خصوصا اذا كان امتناع القصاص بمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطأ والولی يدعى العمد وعند الائمة الثلاثة يقتص فيهما بعد حلف المدعى على انه صادق فی دعواه بناء على مامر من اصلهم (فان قال المدعى لی بينة حاضرة) فی المصر (وطلب يمين خصمه لايحلف) عند الامام وهو الصحيح كما فی المضمرات وغيره وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه يجيبه وللامام ان ثبوت اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا فلايكون حقه دونه ومحمد مع ابی يوسف فيما ذكره الخصاف ومع الامام فيما ذكره الطحاوی كما فی اكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغی للمص ان يذكر الخلاف تدبر قيدنا بالمصر لانها لوكانت فی مجلس الحكم لايحلف بالاتفاق وان كانت خارج المصر يحلف بالاتفاق وفی المجتبی وقدرت الغيبة بمسيرة السفر وفی المنح وحضورها فی المصر وهو محل الاختلاف وظاهر ما فی خزانة المفتيين خلافه فانه قال الاستحلاف يجری فی الدعاوی الصحيحة اذا انكر المدعى عليه و يقول المدعى لاشهود لی اوشهودی غيب اومرضى وفی البحر ادعى المديون الايصال فانكر المدعى ولابينة له فطلب يمينه فقال المدعى اجعل حقی فی الختم ثم استحلفنی فله ذلك فی زماننا (و يكفل) من التكفيل (بنفسه) ای يؤخذ من المدعى عليه كفيل بنفسه كيلا يغيب فيضيع حقه استحسانا والقياس ان لايكفل قبل اقامة البينة وهو مذهب الشافعی و يجب ان يكون الكفيل معروفا ثقة ولاية وهم اختفاؤه بان يكون له دار وحانوت ملكا له وله ان يطالب وكيلا بالخصومة حتى لوغاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه وصح ان يكون كفيلا ووكيلا وان اعطاه فله ان يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل وان كان المدعى منقولا فله ان يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ولايغيبه المدعى عليه وان كان عقارا لايحتاج الى ذلك وفيه اشارة الى ان القاضی يكفله وله لم يطلبه المدعى وهذا اذا كان المدعى جاهلا بالخصومة واما اذا كان عالما فلايكفله القاضی بلاطلبه (ثلثة ايام) هذا مروی عن الامام وهو الصحيح كما فی الكافی وغيره وصحح فی الخانية انه الى جلوس القاضی مجلسا آخر وقيل يفوض الى رأی القاضی وهو الاشبه برأی الامام ولافرق فی الظاهر بين الوجيه والحقير وكذا بين القليل من المال والكثير وعن محمد ان الخصم ان كان بحيث لايخفى نفسه بهذا القدر لايجبر على اعطاء الكفيل قيد بقوله لی بينة حاضرة للتكفيل ومعناه فی المصر حتى لوقال المدعى لابينة لی اوشهودی غيب لايكفل اذلا فائدة فيه بل يحلف فاذا حضر بعد ما حلف تقبل بينة المدعى وكذا اوقال المدعى لابينة لی وطلب يمين خصمه فحلفه القاضی فقال لی بينة فان القاضی يقبل ذلك منه وقيل لاتقبل وفی البحر ادعى القاتل ان له بينة حاضرة على العفو اجل ثلاثة ايام فان مضت ولم يأت بالبينة وقال لی بينة غائبة يقضى بالقصاص قياسا كالاموال وفی الاستحسان يؤجل استعظاما لامر الدم (فان ابى) عن اعطاء الكفيل

(لازمه) مقدار مدة التكفيل (ودار معه) اى مع الغريم (حيث دار) تفسير الملازمة وفى البحر نقلا عن الصغرى رأيت فى زيادات بعض المشايخ ان الطالب لو امر غيره بملازمة مديونه فللمديون ان لا يرضى عند الامام خلافا لهما وجعله فرعا لمسئلة التوكيل بغير رضى الخصم لكن لا يحبسه فى موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعى يدور معه واذا انتهى المط الى داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول الى اهله بل يدخل المطلوب الى اهله والملازم على باب داره (وان كان) المطلوب (غريبا يكفل او يلازم قدر مجلس القاضى) الى ان يقوم من مجلسه لان فى اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر فى هذا المقدار ظاهرا فان برهن فى المجلس فبها والا يحلفه ان شاء او يدعه (واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق) لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر (وقيل ان الح الخصم صح) اليمين (بهما) اى بالطلاق والعتاق (فى زماننا) لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى كما فى الهداية لكن لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا حتى لو قضى لا ينفذ وانما اتى بصيغة التمريض لان اكثر مشايخنا لم يجوزه وفى البحر الفتوى على عدم التحليف بالطلاق والعتاق وهو ظاهر الرواية وفى الخانية ومنهم من جوزه فى زماننا والصحيح ما فى ظاهر الرواية انتهى (وتغلظ) اليمين (بذكر صفاته) اى صفات الله تعالى مثل قوله والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شئ منه (ان شاء القاضى) لان احوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فتغلظ عليه لعله يمتنع بذلك والاختيار فى صفة التغليظ الى القاضى يزيد فيه ما شاء وينقص ما شاء الا انه يحتاط (ويحترز من التكرار) اى يحترز عن عطف بعض الاسماء على البعض والا لتعدد اليمين ولو امره بالعطف فاتى بواحدة ونكل عن الباقى لا يقضى عليه بالنكول لان المستحق يمين واحدة وقد اتى بها ولو لم تغلظ جاز وقيل لا تغلظ على المعروف بالصلاح وقيل تغلظ فى الخطير من المال دون الحقير (لا) تغلظ (بزمان) على المسلم بان يستحلف فى اول الجمعة او آخرها او ليلة القدر لان فيه تأخير المدعى (او مكان) بان يستحلف مسجد الجامع عند المنبر لان المراد هو اليمين بالله تعالى والزيادة عليها زائدة على النص وفى الحاوى القدسى ولا يستحب تغليظ اليمين بهما انتهى وظاهره انه مباح لانه نفى الاستحباب وهو لا يستلزم نفى الاباحة بخلاف العكس لكن قال الزيلعى فلا يشرع تدبر وعند الائمة الثلاثة يجوزان تغلظ بهما ايضا ان كانت اليمين فى قسامة ولعان ومال عظيم (ويحلف اليهودى بالله الذى انزل التورية على موسى عليه السلام و) يحلف (النصرانى بالله الذى انزل الانجيل على عيسى عليه السلام) فتؤكد اليمين بذكر المنزل على نبيهما (و) يحلف (المجوسى بالله الذى خلق النار) لانهم يعظمون النار تعظيم العبادة فتؤكد بما يعتقدونه ليفيد فائدة اليمين وقيل ان المجوسى حلف بالله لا غير كما لا يستحلف بالله الذى خلق الشمس لان ذكر النار مع الله تع يشعر تعظيمها وما ينبغى ان يعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة وعن الامام انه لا يستحلف احدا الا بالله خالصا (و) يحلف (الوثنى بالله) فحسب اذ يقر بالله تع انه خالقه لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تع قال الله تع ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله كذا قالوا وفى المنح وغيره ويشكل عليه ان الدهرية منهم لا يعتقدونه ولا دلالة فى الاية على ما ذكر لان الوثنى يعبد غير الله تع ويعتقد ان الله تع خالقه انتهى لكن يمكن ان الدهرى هو من يقول بقدم الدهر وباسناد الحوادث اليه ويقولون ان مبدأ الممكنات هو الله تع كما قيل فلم يلزم عدم اعتقاد الله تع وعدم دلالة النص ولان الدهرى يعتقدون الدهر القديم هو الله تع فلم يلزم عدم اعتقادهم تأمل (ولا يحلفون) اى الكفار (فى معابدهم) لان فيه تعظيم الها والقاضى ممنوع عن ان يحضرها وكذا امينه لانها مجمع الشياطين لا انه ليس له حق الدخول وفى البحر وقد افتيت بتعزير مسلم لازم الكنيسة مع اليهود (ويحلف) المدعى عليه (على الحاصل) هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل والسبب والضابط فى ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع اولا فان كان الثانى فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند الطرفين وعلى السبب عند ابى يوسف كما سيأتى ثم شرع فى تفصيله فقال (ففى البيع والنكاح) يحلف (بالله ما بينكما بيع قائم) فى الحال اذا ادعى انه اشتراه (او نكاح قائم فى الحال) اذا ادعت النفقة فلو ادعت النكاح كان المثال على مذهبهما فى التحليف واما عند الامام لا يحلف كما مر (وفى الطلاق) بالله (ما هى بائن منك الآن) اذا ادعت الطلاق البائن فلو ادعت رجعيا حلف على السبب لكنه خلاف الظاهر فانه يحلف على الحاصل فى الظاهر وفيه اشعار بان سبب الحاصل كما يتحقق فى ضمن فعل العقد يتحقق فى ضمن فعل آخر من الافعال الحسية كما فى القهستانى (وفى الغصب) بالله (ما يجب عليك رده) اى رد المغصوب (وفى الوديعة) بالله (ماله هذا الذى ادعاه فى يدك وديعة ولا شئ

منه) اى من الذى فى يدك (ولا له قبلك حق) وفى الاختيار ويحلفه فى الدين بالله ما له عليك من الدين والقرض قليل ولا كثير لاحتمال انه ادى البعض او ابرأه منه فلا يحنث فى يمينه على الجميع (لا) يحلف (على السبب نحو) ان يقول فى البيع (بالله ما بعته) لاحتمال انه باع ثم اقال ولا يحلف فى النكاح بالله ما نكحت لاحتمال انه نكحها ثم خالعها او ابانها ولا يحلف فى الطلاق بالله ما طلقتها لاحتمال انه طلقها ثم نكحها ولا يحلف فى الغصب بالله ما غصبته لاحتمال انه غصب ثم سلم او ملك بالهبة او بالبيع ولا يحلف فى الوديعة بالله ما اودعك هذا لاحتمال انه اودعه ثم رده او هلك فى يده بغير صنعه وفى هذه الصور لا يحلف عند الطرفين على السبب فلو حلف يتضرر المدعى عليه لانه لو حلف مثلا على نفى البيع يكون كاذبا ولو لم يحلف يجب عليه تسليم المبيع العائد الى ملكه بالاقالة وهكذا فى البواقى (خلافا لابى يوسف) فان عنده يحلف على السبب فى جميع ذلك لان اليمين تستوفى لحق المدعى فوجب ان يكون اليمين موافقة دعواه والمدعى هو السبب الا عند تعريض المدعى عليه بان قال للقاضى لا تحلفنى فان الانسان قد يبيع شيئا ثم يقيله فح يحلف القاضى على الحاصل قيل ينظر الى انكار المدعى عليه فان انكر السبب يحلف على السبب وان انكر الحكم يحلف على الحاصل وعليه اكثر القضاة وقال فخر الاسلام يفوض الى رأى الحاكم كما فى الكافى وغيره (فان كان) والانسب الواو (فى الحلف على الحاصل ترك النظر للمدعى حلف على السبب اجماعا) رعاية لجانبه (كدعوى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة والخصم لا يراهما) اى لا يرى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة بان كان شافعيا فانه يحلف على السبب بالله ما اشتريت هذا الدار وما هى معتدة منك اذ لو حلف على الحاصل بالله لا تجب الشفعة عليك وبالله لا تجب عليك النفقة يصدق فى يمينه فى اعتقاده فيفوت النظر فى حق المدعى لا يقال ان المدعى عليه قد يتضرر ببطلان الشفعة بتأخير الطلب لانه لا بد للقاضى من الاضرار باحدهما والاولى بالضرر المدعى عليه لانه متمسك بعارض السقوط والمدعى بالاصل حيث اثبت حقه بالسبب الموجب له من الشراء فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض (وكذا) يحلف على السبب اجماعا (فى سبب لا يرتفع برافع بعد ثبوته) (كعبد مسلم يدعى العتق) اى العتق الواقع فى اسلامه على مولاه وهو ينكره (فيحلف على السبب بالله ما اعتقه) ليوافق اليمين الدعوى وليس فيه ضرر المدعى عليه اذ لا يتصور عوده الى الرق لانه اذا ارتد يقتل والهرب الى دار الحرب نادر الا انه رواية عن ابى يوسف وفى الاختيار ومن الافعال الحسية ان يدعى على غيره انه وضع على حائطه خشبة او بنى عليه او اجرى ميزابا على سطحه او فى داره او رمى ترابا فى ارضه او شق فى ارضه نهرا فانه يحلف على السبب بالله ما فعلت كذا لان هذه الاشيا لا ترتفع (بخلاف) العبد (الكافر والامة) فيحلف على الحاصل بالله ما هو حر وما هى حرة الآن لان الرق يتكرر على الامة بالردة واللحاق والسبى وعلى العبد الكافر بنقض العهد واللحاق والسبى وعن ابى يوسف يحلف على السبب وتمامه فى الذخيرة (ومن ورث شيئا) من عين علم ذلك بعلم القاضى او اقرار المدعى او بينة المدعى عليه (فادعاه آخر) ولا بينة للمدعى واراد تحليف الوارث (حلف على العلم) اى على المدعى عليه فقال له القاضى بالله ما تعلم ان هذا العين له لا على البتات لان الوارث لا يعلم بما صنعه المورث وفيه ايماء الى انه لا يحلف وارث الدين قبل وصوله اليه خلافا للخصاف والاول المختار عند الفقيه وقاضيخان والى انه لو لم يتحقق كونه ميراثا حلف على البتات لتحقق سببه من كون العين فى يده كما فى القهستانى (وان شراه او وهب له فعلى البتات) اى يحلف المدعى عليه على البتات بالله ما هو عبده والاصل فيه ان التحليف على فعل نفسه يكون على البتات اى انه ليس كذلك والبتات القطع والتحليف على فعل غيره على العلم اى انه لا يعلم انه كذلك الا انه اذا كان شيئا يتصل بالحالف كما اذا ادعى سرقة العبد او اباقه يحلف البائع على البتات بالله ما ابق ما سرق فى يدى وهذا تحليف على فعل الغير وانما صح لان تسليمه سالما عن العيوب واجب على البائع فالتحليف يرجع على ما ضمن البائع بنفسه فيكون على البتات واذا ادعى سبق الشراء يحلف خصمه على العلم اى انه لا يعلم انه اشتراه قبله كما فى المنح وغيره (ولو افتدى المنكر يمينه او صالح عنها) اى عن اليمين (على شئ صح) الافتداء والصلح ان رضى به الخصم لان عثمان رضى الله عنه اعطى شيئا لمن ادعى عليه اربعين درهما وافتدى يمينه ولم يحلف اذ لو حلف لوقع على القيل والقال اذ الناس بين التصديق والتكذيب على كل حال فاذا افتدى صان عرضه لقوله عليه السلام ذبوا عن اعراضكم باموالكم بمعنى ارفعوا وامنعوا (ولا يحلف بعده) اى ليس للمدعى ان يحلف بعد ذلك لانه اسقط حقه باخذ البدل منه وفيه اشعار بانه لا يجوزان يبيع اليمين لانها لم يكن مالا فله ان يستحلفه بعد ذلك وفى التنوير ولو اسقطه اى اليمين قصدا بان قال برئت من الحلف او تركته عليه او وهبته لا يصح وله التحليف (* باب التحالف *) لما ذكر حكم يمين الواحد ذكر حكم يمين الاثنين اذ الاثنين بعد الواحد (ولو اختلفا) اى المتبايعان (فى قدر الثمن) بان قال المشترى اشتريت بالف وقال البائع بعت بالفين مثلا (او فى) قدر (المبيع) بان قال البائع بعت عبدا وقال المشترى عبدين وكذا الحكم لو اختلفا فى وصف الثمن او فى الجنس

كما فى الهداية فعلى هذا لو حذف القدر لكان اشمل (او فيهما) اى فى الثمن والمبيع جميعا بان قال البايع بعت عبدا بالفين فقال المشترى لا بل بعت عبدين بالف (حكم لمن برهن) اى يحكم القاضى لمن اقام البينة منهما لان الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها اذ هى متعدية حتى توجب القضاء فلا يعارضها مجرد الدعوى (وان برهنا) اى اقام كل منهما البينة بما ادعاه (فلمثبت الزيادة) اى يحكم لمثبت الزيادة لانه خالص عن العارض اما اذا كان الاختلاف فى احدهما فظاهر واما فيهما فحجة البايع فى الثمن الاكثر وحجة المشترى فى المبيع الاكثر اولى فيحكم بعبدين للمشترى وبالفين للبايع (وان عجزا) اى البايع والمشترى (عن) اقامة (البرهان قيل لهما اما ان يرضى احدكما بدعوى الآخر والا فسخنا البيع) لان الحق قطع المنازعة وهذا وجه فى طريق قطع المنازعة فيجب ان لا يعجل القاضى بالفسخ (فان لم يرض) والا نسب بالواو (احدهما بدعوى الآخر تحالفا) اى استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى صاحبه فان قال قبل القبض فهو قياسى لان كلا منهما منكر واما بعده فاستحسانى فقط لان المشترى لا يدعى شيئا لان المبيع سالم بقى دعوى البايع فى زيادة الثمن والمشترى ينكره فيكتفى بحلفه لكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا كما فى البحر وغيره لكن ما فى القهستانى نقلا عن المضمرات من ان التحالف يصح قبل قبض المبيع وهذا استحسان فان المشترى ينكر وجوب تسليمه والقياس ان يصح لانه ملك المبيع ولا يصح بعد قبضه قياسا واستحسانا مخالف لما فى البحر وغيره تتبع وانما قال المص فان لم يرض احدهما ولم يقل وان لم يرضيا كما فى الكنز وغيره لان شرط التحالف عدم (رضى واحد) لا عدم رضى كل منهما كما لا يخفى كما فى البحر وغيره فعلى هذا ما قاله صاحب الفرائد من انه كان المناسب وان لم يرضيا الى آخره ليس بوارد تدبر (وبدئ) اى القاضى (بيمين المشترى) فى الصور الثلث لو بيع عين بدين هذا قول محمد وزفر وابى يوسف آخرا وهو رواية عن الامام وهو الصحيح لانه اقواهما انكارا لانه المطالب اولا بالثمن فيكون هو البادى بالانكار وكان ابو يوسف يقول اولا يبدأ بيمين البايع وهو قول الشافعى فى الاصح وقيل يقرع بينهما هذا اذا كان بيع عين بدين وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن فالقاضى مخير للاستواء وعن هذا قال (وفى المقايضة) اى فى بيع العين بالعين يبدأ القاضى (بايهما شاء) لاستوائهما فى فائدة النكول وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف بضم الاثبات الى النفى تأكيدا والاصح الاقتصار على النفى لان الايمان وضعت للنفى كالبينات للاثبات (ومن نكل) من البايع والمشترى (لزمه دعوى صاحبه) بالقضاء لان النكول اما بدل واما اقرار فيه شبهة فبتقوية القضاء يكون حجة ملزمة (وان حلفا) اى المتبايعان (فسخ القاضى البيع بطلب احدهما) او كليهما فلا ينفسخ البيع بنفس التحالف وقيل ينفسخ والاول هو الصحيح لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فينفسخه القاضى قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل بقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ فى فاسد البيع فلو كان المبيع جارية وطئها او لو فسد بنفس التحالف لم يحل له وقيد بطلب احدهما لانه لا يفسخه بدون طلب احدهما ولو فسخاه انفسخ بلا توقف على القاضى وان فسخ احدهما لا يكفى كما فى البحر (ولا تحالف لو اختلفا فى الاجل) سواء كان فى الاجل او فى قدره خلافا لزفر والشافعى (او) اختلفا (فى شرط الخيار) سواء كان فى وجوده بان قال احدهما البيع بالخيار والآخر ينكره او فى مدته (او قبض بعض الثمن او كله) اى لا تحالف عند اختلافهما بان قال المشترى اديت بعضه او كله والبايع ينكره (وحلف المنكر) فى الصور الثلث لان هذا اختلاف فى اداء الثمن لا فى الثمن كما اذا وقع الاختلاف فى اداء جميع الثمن يحلف المنكر فحسب بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن او جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر فى جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف (ولا) تحالف لو اختلفا فى قدر الثمن (بعد هلاك) كل (المبيع) فى يد المشترى لانه لو هلك فى يد البايع تحالفا على القائم عندهم (وحلف المشترى) عند الشيخين على الصحيح هذا اذا كان الثمن دينا واما اذا كان عينا يتحالفان بالاتفاق لان المبيع فى احد الجانبين قائم ثم يرد مثل الهالك ان كان مثلا وقيمته ان لم يكن وهذا اذا هلك بعد القبض وان هلك قبله وكان الثمن مقبوضا يتحالفان اتفاقا (وعند محمد) والشافعى (يتحالفان ويفسخ) العقد (وتلزم القيمة) اى قيمة الهالك يوم القبض لان كلا منهما يدعى حقا ينكره الآخر فيتحالفان ولهما ان التحالف بعد قبض المبيع بخلاف القياس ولا يتعدى الى حال هلاك السلعة وفى القهستانى نقلا عن المبسوط وهلاكه شامل لخروجه عن ملك المشترى او زيادته زيادة متصلة متولدة او غير متولدة او منفصلة متولدة فانه لا يتحالفان عندهما ويتحالفان عنده فيفسخ على العين فى المتصلة المتولدة من الاصل كالسمن وعلى العين او القيمة فى متصلة

غير

غير متولدة منه كالصبغ وعلى القيمة فى المنفصلة المتولدة كالثمر واما فى منفصلة غير متولدة منه كالكسب فيتحالفان ويفسخ على العين بالاجماع (وكذا الخلاف لو تعذر الرد وهو) اى المبيع (قائم) يعنى لو تغير بحدوث العيب عنده وصار بحال لا يقدر على رده مع العيب ثم اختلفا فى الثمن لا يتحالفان عندهما بل القول للمشترى وعند محمد والشافعى يتحالفان فيفسخ البيع على قيمة الهالك وكذا لو خرج المبيع عن ملكه (ولا) تحالف بعد (هلاك بعضه) اى بعض المبيع بعد قبض الجميع عند الامام كعبدين مات احدهما قبل نقد الثمن عند المشترى فقال البايع الثمن الف وقال المشترى بل خمسمائة لان التحالف بعد القبض مشروط بقيام السلعة وهى اسم لجميع المبيع فاذا هلك بعضه فقد الشرط بل يحلف المشترى لانكاره زيادة الثمن (الا ان يرضى البايع بترك حصة الهالك) اى لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا ويجعله كان لم يكن والعقد كانه على القائم فقط فيكون الثمن كله بمقابلة القائم فيتحالفان وهو قول عامة المشايخ فالاستثناء ينصرف الى قوله لا تحالف كما هو الظ وهو الموافق لما فى المبسوط وفى الجامع الصغير اذا اختلف بعد هلاك احدهما لم يتحالفا والقول للمشترى مع يمينه عند الامام الا ان يشاء البايع ان يأخذ حصة الحى ولا شئ له قال ابو المكارم ومعنى لا شئ له على قول هؤلاء المشايخ ان لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا على ما صرح فى الكافى وكان غرضهم من هذا التفسير صرف الاستثناء الى قوله لم يتحالفا كما هو مختارهم وفيه تأمل وعلى قول غيرهم من المشايخ انه لا يأخذ البايع من الزيادة المتنازع فيها وانما يأخذ عن الهالك بعد ما اقر به المشترى فالاستثناء ينصرف الى قوله مع يمينه فانه اذا اخذ ما اقر به المشترى واخذ الحى فقد صدق المشترى وارتفع الخصومة فلا يحلف المشترى ولا يخفى ان الاستثناء المذكور فى المتن لا يصح لهذا التفسير اذ لم يذكر فيه اخذ البايع الحى وفى تقديره تعسف (وعندهما يتحالفان ويرد الباقى) ان حلفا لكن اختلفوا فى تفسير التحالف عند ابى يوسف قيل يتحالفان على القائم لا الهالك لان العقد ورد فيه لا فى الثانى وهذا ليس بصحيح لان المشترى لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه البايع يكون صادقا فيه لان من اشترى شيئين بالف اذا حلف انه ما اشترى احدهما كان صادقا وكذا البايع لو حلف بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه المشترى يكون صادقا فيه فلا يفيد التحالف بل الوجه ان يحلف على القائم والهالك ويقول اولا بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البايع فان نكل لزمه دعوى البايع وان حلف يحلف البايع بالله ما بعتهما بالثمن الذى يدعيهما المشترى فان نكل لزمه دعوى المشترى وان حلف يفسخان العقد فى القائم وتسقط حصته من الثمن وتلزم المشترى حصة الهالك من الثمن الذى اقر به المشترى على القائم والهالك لانها انما يجب عند الانفساخ والعقد لم ينفسخ فى الهالك عنده فينقسم الثمن الذى اقر به المشترى عليهما على قدر قيمتهما يوم القبض وعند محمد يتحالفان عليهما ويفسخ فيهما ويرد القائم مع قيمة الهالك يوم القبض لان هلاك الكل لا يمنع التحالف عنده على ما مر فهلاك البعض اولى (والقول للمشترى) مع يمينه اذا اختلفا (فى حصة الهالك عند ابى يوسف وتلزم قيمته) اى الهالك (عند محمد) لما مر (وتعتبر قيمتهما) اى قيمة القائم والهالك (فى الانقسام) اى انقسام الثمن عليهما (يوم القبض) فان استويا يلزمه نصف الثمن الذى اقر به المشترى وان اختلف القيمتان يوم القبض تسقط عنه حصة القائم بقدر قيمته وتلزمه حصة الهالك بقدر قيمته (وان اختلفا فى قيمة الهالك فيه) فقال المشترى قيمته يوم القبض خمسمائة وقيمة القائم الف وقال البايع على عكسه (فالقول للبايع) مع يمينه لان البايع بدعواه يستبقى ما كان واجبا والمشترى بدعواه يسقط ما كان واجبا وكان البايع متمسكا بالاصل فوجب اعتبار قوله (وان برهنا) على قيمة الهالك (فبرهانه) اى برهان البايع (اولى) لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة فى قيمة الهالك (وان اختلفا) اى العاقدان (فى قدر الثمن بعد اقالة البيع) فقال المشترى كان الثمن الفا وقال البايع خمسمائة ولا بينة لهما (تحالفا وعاد البيع) الاول حتى يكون حق البايع فى الثمن وحق المشترى فى المبيع كما كان قبل الاقالة فلا يجب على كل واحد منهما ان يرد على صاحبه شيئا (ان لم يقبض البايع المبيع) قيل ينبغى ان لا يتحالفا فى اقالة البيع لان التحالف ثبت بالبيع المطلق بالحديث والاقالة فسخ فى حق العاقدين فلم يتناوله النص واجيب ان التحالف قبل قبض المبيع ثبت قياسا لان كل واحد مدع ومنكر على ما مر فصار التحالف معقولا فوجب القياس على المنصوص عليه كما قسنا الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه فى يد البايع غير المشترى ولا كذلك بعد القبض فانه على خلاف القياس وعن هذا قال (وان قبضه) اى قبض البايع المبيع بعد الاقالة ثم اختلفا (فلا تحالف) عند الشيخين ويكون القول للمنكر (خلافا لمحمد) لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا (ولو) اختلفا (فى قدر رأس المال بعد اقالة السلم) لا يتحالفان (فالقول) مع

يمينه لما البد فيه) اى فى قدر رأس المال لانكاره الزيادة اعتبارا بسائر الدعاوى (ولايعود السلم) لان الاقالة فى باب السلم لاتحتمل النقض لانه اسقاط فلايعود بخلاف البيع (ولواختلفا) اى الموجر والمستأجر (فى قدر الاجرة) بان قال المستأجر درهم وقال الموجر درهمان (او المنفعة) بان قال الموجر مدة الاجارة شهر وقال المستأجر شهران (اوفيهما) اى فى قدر الاجرة والمنفعة معا بان قال الموجر آجرتك الدار شهرا بدرهمين وقال المستأجر استأجرتها شهرين بدرهم (قبل استيفاء المنفعة تحالفا وترادا) اذ الاجارة مقيسة على البيع لان العين المستأجرة فى الاجارة قائمة مقام المنفعة فى ايراد العقد وكذا الامر فى فسخها فان المعقود عليه قبل استيفاء المنفعة يكون قائما تقديرا (وبدأ بيمين المستأجران اختلفا فى الاجرة) لكونه منكرا وجوب مايدعيه الموجر من الزيادة (و) بدء (بيمين الموجر لو) اختلفا (فى المنفعة) لكونه منكرا وجوب زيادة المنفعة وفيه اشعار بانه يحلف اولا من يدعى اولا ان اختلفا فيهما وان ادعيا معا يحلف من شاء وان شاء اقرع بينهما كما فى البيع (وايهما نكل لزمه دعوى الاخر) كما هو مقتضى النكول (وايهما برهن قبل) برهانه (وان برهنا فحجة المستأجر) اولى لو اختلفا (فى المنفعة وحجة الموجر) اولى لو اختلفا (فى الاجرة) نظرا الى اثبات الزيادة وتقبل حجة كل واحد منهما فى فضل يدعيه لو اختلفا فى الاجرة والمنفعة معا بان ادعى الموجر ان مدتها شهر بعشرة والمستأجر ان مدتها شهران بخمسة فيقضى بعشرة للموجر وشهرين للمستأجر (و) لو اختلفا (بعد استيفاء المنفعة لايتحالفان) اتفاقا (والقول للمستأجر) مع يمينه لانكاره الزيادة هذا عند الشيخين ظ لان التحالف بعد قبض المبيع على خلاف القياس فلايقاس الاجارة هنا عليه اذ هلاك المعقود عليه بالاستيفاء يمنع التحالف على اصلهما بخلاف ما فى صورة المقيس حيث وجد المعقود عليه وكذا على اصل محمد لان الهلاك انما لايمنع عنده فى المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلاقيمة لان المنافع لاتتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين ان لاعقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه (و) لو اختلفا (بعد استيفاء البعض) اى بعض المنفعة (يتحالفان) فيما بقى اعتبارا للبعض بالكل (وتفسخ) الاجارة (فيما بقى) من المنافع لامكان الفسخ وهذا لاينافى ما مر ان هلاك بعض المعقود عليه يمنع التحالف عند الامام لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حدوث المنفعة فكان كل جزء من المنفعة بمنزلة معقود عليه فيما بقى من المنفعة كمعقود عليه غير مقبوض فيتحالفا فى حقه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع لانه بجميع اجزائه معقود بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ فى بعضه بالهلاك تعذر فى كله ضرورة (والقول للمستأجر) مع اليمين (فيما مضى) لانه منكر بما يدعيه الموجر من زيادة الاجرة (وان اختلفا) اى المولى والمكاتب (فى قدر بدل الكتابة) بعدما اتفقا على عقد الكتابة (لايتحالفان) عند الامام لان التحالف فى المعاوضات عند تجاحد الحقوق الملازمة وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب لان له ان يرفعه عن نفسه بالعجز فلم تكن فى معنى البيع (والقول للعبد) مع يمينه لانكاره الزيادة وان اقام احدهما بينة قبلت وان اقاماها فبينة المولى اولى لاثباتها الزيادة لكن يعتق باداء قدر ما برهن عليه ولايمتنع وجوب بدل الكتابة بعد عتقه كما لو كاتبه على الف على انه ان ادى خمسمائة عتق وكما لو استحق البدل بعد الاداء كما فى البحر (وقالا) وهو قول الائمة الثلاثة (يتحالفان وتفسخ) الكتابة لاختلافهما فى بدل عقد يقبل الفسخ فكان بمنزلة البيع (وان اختلف الزوجان فى متاع) اهل (البيت) والمراد بالمتاع هنا ما ينتفع به من نفسه او مما حصل منه كالعقار وغيره وادعى كل انه له ولابينة لاحد (فالقول لها) اى للزوجة بلا خلاف مع اليمين (فيما صلح لها) اى ما يختص بالنساء عادة كالدرع والاسورة والخمار والملاءة والخلخال والحلى ونحوها لان الظاهر شاهد لها الا ان يكون الزوج ممن يبيع ما يتعلق بالنساء فالقول له لتعارض الظاهرين (وله) اى القول للزوج مع اليمين (فيما صلح له) كالعمامة والقلنسوة والقباء والسلاح والكتب ونحوها لان الظاهر شاهد له الا اذا كانت الزوجة صانعة او بايعة ما يصلح له فلايقبل قوله وفى الخانية لو اختلفا فى متاع النساء واقاما البينة يقضى للزوج (او) فيما صلح (لهما) اى والقول للزوج فيما اختص بهما كالمنزل والفرش والرقيق والاوانى والعقار والمواشى والنقود لان الزوجة وما فى يدها فى يد الزوج والقول فى الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها فان الاختصاص اقوى من اليد وفى البحر وبه علم ان البيت للزوج الا ان يكون لها بينة وفى الخانية ولو اقاما البينة يقضى ببينتها لانها خارجة معنى اطلق الزوجين فشمل المسلمين والمسلم مع الذمية والحربى والمملوكين والمكاتبين كما سيأتى والصغيرين اذا كان الصغير يجامع وشمل اختلافهما حال بقاء النكاح وما بعد الفرقة وما اذا كان البيت ملكا لهما او لاحدهما خاصة لان العبرة لليد لا للملك وفى القنية افترقا وفى بيتها جارية نقلتها مع نفسها واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت ثم ادعاها فالقول له لان يده كانت ثابتة ولم يوجد المزيل انتهى وبه علم ان سكوت الزوج عند نقلها ما يصلح لهما لايبطل دعواه كما فى البحر وقيد باختلاف الزوجين للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه فان متاع النساء بينهن على السواء ان كن فى بيت واحد وان كانت كل واحدة منهن فى بيت على حدة فما فى بيت كل امرأة بينها وبين زوجها على ما وصفنا ولايشترك

بعضهن من بعض كما فى خزانة الاكمل هذا اذا كانا حيين (وبعد موت احدهما) اى احد الزوجين ثم اختلفا وارثه مع الحى فالجواب فى غير المحتمل على ما مر (القول فى المحتمل) اى فيما يصلح لهما (للحى) مع اليمين ايهما كان لانه لايد للميت فبقيت يد الحى بلا معارض وهذا عند الامام (وعند ابى يوسف كذلك) اى القول للزوج فيما صلح لهما (فى الزائد على جهاز مثلها وفى جهاز مثلها لها) اى القول للزوجة اذا كانت حية (اولو رثتها) بعد موتها اى يدفع فى المشكل الى الزوجة اوالى وارثها ما يجهز به مثلها والباقى للزوج مع يمينه اولوارثه عنده لان الظاهر ان الزوجة تأتى بالجهاز وهذا اقوى من ظاهر يد الزوج ولذا يأخذ الباقى لعدم المعارض لظاهره والحيوة والموت فى المشكل عنده سواء (وعند محمد للرجل اولورثته) اى ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل ان كان حيا اولورثته ان كان ميتا لقيام الورثة مقام المورث واما اختلافهما فى غير متاع البيت وكان فى يديهما فانهما كالاجنبيين يقسم بينهما وفى القهستانى وعن زفر والشافعى ان المشكل بينهما وعنهما ان المتاع كله كذلك واليه ذهب مالك وقال ابن ابى ليلى ان المشكل للزوج حيا ولورثته ميتا وقال ابن شبرمة ان المتاع كله له الا على المرأة من الثياب وقال حسن البصرى ان المتاع لصاحب الميت الا ما على الرجل من الثياب فهذه متمة كتاب الدعوى اومسبعته انتهى واعلم ان الاب لو ادعى بعد موت ابنته ان الجهاز كان عارية لها والزوج انها كان ملكا فالقول للاب على المختار الا اذا استمر العرف بدفع الجهاز ملكا لا عارية فالقول لها ولورثتها من بعدها ولو اختلف الاب وابنه فيما فى البيت قال ابى يوسف اذا كان الاب فى عيال الابن فى بيته فالمتاع كله للابن كما لو كان الابن فى بيت الاب وعياله فمتاع البيت للاب ولو اختلف الموجر والمستأجر فى متاع البيت فالقول قول المستأجر مع يمينه وليس للموجر الا ما عليه من ثياب بدنه ولو اختلف اسكافى وعطار فى آلات الاساكفة وآلات العطارين وهى فى ايديهما قضى بينهما نصفين ولاينظر الى ما يصلح لكل واحد منهما (وان كان احدهما) اى احد الزوجين (مملوكا) سواء كان مأذونا او مكاتبا او محجورا (فالكل) اى كل المتاع (للحر) فى حال (الحيوة) لان يد الحر اقوى (وللحى) منهما (فى الموت) اى موت احدهما لان يد الحى خالية عن المعارض كما فى عامة شروح الجامع وذكر السرخسى انه سهو والصواب انه للحر مطلقا لكن اختار صاحب الهداية قول العامة فاقتفى اصحاب المتون اثره هذا عند الامام (وقالا المأذون والمكاتب كالحر) لان لهما يدا معتبرة فى الخصومات حتى لو اختصما فى شئ هو فى ايديهما يقضى بينهما بخلاف ما كان عبدا محجورا حيث يقضى للحر لا للعبد وقوله الكل مشير الى ان الخلاف فيما اذا اختلفا فى مطلق المتاع على ما ذكر فخر الاسلام كما فى المصفى لكن فى الحقايق ان الخلاف فيما اختلفا فى الامتعة المشكلة كما فى القهستانى وفى التنوير اعتقت الامة واختارت نفسها فما فى البيت قبل العتق فهو للرجل وما بعد العتق قبل ان تختار نفسها فهو على ما وصفنا فى الطلاق رجل معروف بالفقر والحاجة صار بيده غلام وعلى عتقه بدرة وذلك بداره فادعاه رجل عرف باليسار وادعاه صاحب الدار فهو للمعروف باليسار وكذا كناس فى منزل الرجل وعلى عنقه قطيفة يقول هى لى وادعاها صاحب المنزل فهى لصاحب المنزل رجلان فى سفينة بها دقيق فادعى كل واحد السفينة وما فيها واحدهما يعرف ببيع الدقيق والاخر يعرف بانه ملاح فالدقيق للذى يعرف ببيعه والسفينة لمن يعرف انه ملاح وتمامه فى المنح فليطالع

فصل (* فى بيان احكام دفع الدعاوى *)

(قال ذو اليد) فى جواب من ادعى شيئا فى يده (ان هذا الشئ اودعنيه فلان الغائب او اعارنيه او آجرنيه اورهننيه او غصبته منه) اى من فلان الغائب (وبرهن على ذلك) المذكور (اندفعت خصومة المدعى) لانه اثبت امرين احدهما الملك للغائب وهو غير مقبول شرعا والاخر دفع خصومة المدعى وهذا مقبول وقال ابن شبرمة لاتسقط خصومة المدعى لان البينة تثبت الملك للغائب ولا ولاية لاحد على غيره فى ادخال شئ فى ملكه بلا رضائه وقال ابن ليلى تسقط الخصومة بلا بينة لانه لاتهمة فيما اقر به على نفسه فتبين ان يده يد حفظ لا يد خصومة (وقال ابو يوسف فيمن عرف بالحيل) جمع حيلة (لاتندفع الخصومة وبه يؤخذ) واختاره فى المختار ان المدعى عليه ان كان صالحا فكما قال الامام وان كان معروفا بالحيل لم تندفع عنه لانه قد يأخذ مال الغير غصبا ثم يدفع سرا الى من يريد ان يغيب ويقول له اودعه عندى بحضرة الشهود قصد الابطال حق الغير فلاتقبل بينته لهذه التهمة (وان قال الشهود اودعه من لانعرفه لاتندفع) الخصومة بالاجماع لاحتمال ان يكون المدعى من اودعه (بخلاف قولهم) اى قول الشهود (نعرفه) اى المودع (بوجهه) لو رأيناه (لا باسمه ونسبه حيث تندفع) الخصومة (عند الامام) لان القضاء لايقع على الغائب ليشترط العلم بنفسه ونسبه وانما يقضى على المدعى بالدفع عن ذى اليد وهما معلومان وهو اثبت ببينته انه ليس بخصم لهذا المدعى (خلافا لمحمد) فانه قال لاتندفع الخصومة معروفا كان بالحيلة اولا وانما تندفع اذا عرف الشهود ذلك الرجل باسمه

ونسبه لان الخصومة توجهت على ذى اليد بظاهر يده ولا تندفع الا بالحوالة على رجل يمكن اتباعه والمعروف
بالوجه لا يكون معروفا فصار هذا بمنزلة قول الشهود لا نعرفه اصلا وفى البزازية وتعويل الائمة على قول محمد
فهذه المسئلة تسمى بمخمسة كتاب الدعوى للاشتمال على قول الامام وابى يوسف ومحمد وابن ابى ليلى وابن شبرمة
كما ترى اولان صورها خمس وديعة واجارة واعارة ورهن وغصب كما فى اكثر الكتب لكن فى المنح هذا اذا
ادعى المدعى ملكا مطلقا فى العين كما افاده عدم تقييده ويدل عليه ما سيأتى من المسائل القابلة لهذه ومن المعلوم
ان فرض هذه المسئلة بعد اقامة المدعى البرهان لما تقرر فى كلامهم من ان الخارج هو الطالب بالبرهان ولا يحتاج
المدعى عليه الى الدفع قبله وحاصله ان المدعى لما ادعى الملك المطلق فيما فى يد المدعى عليه انكره وطلب من المدعى
البرهان فاقامه ولم يقض القاضى به حتى دفعه المدعى عليه بما ذكر وبرهن على الدفع وفى البحر وكذا الحكم لو قال
وكلنى صاحبه بحفظه كما فى المبسوط وكذا الحكم لو قال اسكننى فيها فلان الغائب وكذا الحكم لو قال سرقته منه
او اخذته منه او ضل منه فوجدته كما فى الخلاصة فالصور عشرة وبه علم ان الصور لم تنحصر فى الخمس فالاولى
ان يفسر المخمسة بالاقوال (ولو قال) ذو اليد (شريته منه) اى من فلان الغائب (لا تندفع) الخصومة لكون يده
يد خصومة لاعترافه سبب الملك وهو الشراء (وكذا) لا تندفع الخصومة (لو قال المدعى سرقته) بناء الخطاب
(او غصبته منى) فقال ذو اليد اودعنيه فلان الغائب (وان) وصلية (برهن ذو اليد على ايداع الغائب) لان المدعى
لما قال لصاحب اليد غصبته منى صار ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه وفيه لا يمكنه الخروج عنها بالاحالة
على الغير لان اليد فى الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير ذى اليد ولا تندفع الخصومة بانتفاء
يده حقيقة بخلاف الملك المطلق (وكذا) لا تندفع (ان قال) المدعى (سرقا منى) على البناء للمفعول عند الشيخين
استحسانا (خلافا لمحمد) وهو القياس لانه لم يدع الفعل على ذى اليد بل على مجهول فصار كما لو قال غصب منى
على البناء للمفعول ولهما ان ذكر الفعل يستدعى الفاعل لا محالة والظاهر انه ذو اليد الا انه لم يعينه درأ للحد عنه فصار
كانه قال له سرقته منى بخلاف الغصب فانه لا حد فيه فلو قضى عليه ثم حضر الغائب فاقام البينة تقبل لانه
لم يصر مقضيا عليه وانما قضى على ذى اليد فقط وفى التنوير قال فى مجلس الحكم انه ملكى ثم قال فى مجلسه انه
وديعة عندى من فلان تندفع من البرهان على ما ذكر ولو برهن المدعى على مقالته الاولى يجعله خصما ويحكم
عليه لسبق اقراره ويمنع من الدفع (ولو قال المدعى ابتعته من زيد وقال ذو اليد اودعنيه هو) اى زيد (اندفعت)
الخصومة (بلا حجة) لانهما اعترفا على ان الملك فى الاصل لغيرهما فيكون وصوله الى صاحب اليد من جهة زيد البائع
فلا تكون يده يد خصومة (الا اذا برهن المدعى ان زيدا وكله بقبضه) فح لا تندفع وتصح دعواه لانه اثبت ببينة
كونه احق بامساكها ولو صدقه ذو اليد فى شرائه منه لا يأمره القاضى بالتسليم اليه حتى لا يكون قضاء على الغائب
باقراره وهى عجيبة وفى البحر قيد لا بتلقى اليد من الغائب للاحتراز عما اذا قال ذو اليد اودعنيه وكيل فلان ذلك
لم تندفع الا بينة لانه لم يثبت تلقى اليد ممن اشترى هو منه لانكار ذى اليد ولا من جهة وكيله لانكار المدعى وكذا لو اثبت
بالبينة انه دفعها الى الوكيل ولم يشهدوا ان الموكل دفعها الى ذى اليد وتقييده بدعوى الشراء من الغائب اتفاقى
ففى البزازية ادعى انه له غصبه منه فلان الغائب وبرهن عليه وزعم ذو اليد ان هذا الغائب اودعه عنده
اندفعت الخصومة لاتفاقهما على وصول العين من غيره وان صاحب اليد ذلك الرجل بخلاف ما لو كان مكان
دعوى الغصب دعوى السرقة فانه لا تندفع بزعم ذى اليد ايداع ذلك الغائب فى الاستحسان انتهى *) باب
دعوى الرجلين (* لما فرغ من بيان دعوى الواحد ذكر دعوى ما زاد عليه والواحد قبل ما زاد (لا تعتبر بينة ذى اليد
فى الملك المطلق) وهو ان يقول فى دعواه ان هذا ملكى ولم يبين سبب ملكه (وبينة الخارج فيه) اى فى المطلق
(احق) بالاعتبار وبه قال احمد وقال الشافعى ومالك بينة ذى اليد احق لاعتضادها باليد ولنا ان البينة شرعت
للاثبات وبينة الخارج اكثر اثباتا لانه لا ملك له على المدعى بوجه وذو اليد له ملك عليه باليد فترجحت بينة الخارج
بكثرة ثبوتها الا اذا ادعى ذو اليد مع الملك فعلا كالعتق والتدبير والاستيلاد فبينة ذى اليد اولى بخلاف الكتابة
كما سيأتى قيد بالمطلق لاستوائهما فى المقيد بالسبب وهذا ان وقتا او لم يوقتا باتفاق (برهنا) اى الخارجان
(على ما فى يد آخر) اى لو برهن خارجان على عين فى يد ثالث منكر بعد ادعاء كل منهما ملكا مطلقا فاقاما البينة
(قضى به) اى بهذا الشئ (لهما) بطريق الاشتراك عندنا لقبول الشركة على المناصفة لان النبى عليه السلام
قضى بناقة بينهما بنصفين لاستوائهما فى سبب الاستحقاق ولم يأمر عليه السلام بالقرعة لان استعمال القرعة
فى وقت كان القمار مباحا ثم انتسخت بحرمة القمار اذ تعلق الاستحقاق بخروج القرعة قمار وكذا تعيين المستحق

بخروج

بخروج القرعة بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضى ثمة ولاية التعيين بغير قرعة وانما يقرع لتطييب القلوب
ونفى تهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك فى معنى القمار خلافا للشافعى واحمد كما سيأتى (ولو) برهنا (على نكاح امرأة
سقطا) لتعذر العمل بها لان المحل لا يقبل الاشتراك واذا تهاترا فرق القاضى بينهما حيث لا مرجح واذا تهاترا وكان
قبل الدخول فلا شئ على كل واحد منهما كما فى البحر وهذا مقيد بما اذا كان المدعيان حيين والمرأة اما لو برهنا
عليه بعد موتها ولم يورخا او ارخا واستوى تاريخهما فانه يقضى بالنكاح بينهما وعلى كل واحد منهما نصف المهر
ويرثان ميراث زوج واحد فان جاءت بولد يثبت النسب منهما ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل
وهما يرثان من الابن ميراث اب واحد كما فى المنح (وهى) اى المرأة (لمن صدقته) لان النكاح مما يحكم به بتصادق
الزوجين اذا لم تكن المرأة المتنازع فيها فى يد من كذبته ولم يكن دخل من كذبته بها واما اذا كانت فى يد الآخر
او دخل بها فلا اعتبار بالتصديق لانه دليل على سبق عقده كما فى المنح (فان ارخا) اى المدعيان لنكاحها وكان
تاريخ احدهما سابقا (فالسابق احق) بها من الآخر لانه لا معارض فى هذا الزمان فيكون القضاء للسابق اذا عقد
اللاحق وبرهانه بط ولا يعتبر ما ذكر من كونها فى يده او دخل بها ولو ارخ احدهما فقط فانها لمن اقرت له كما لو ارخ
احدهما وللاخر يد فانها لذى اليد كما فى البزازية (وان اقرت) المرأة بالزوجية (لاحدهما قبل البرهان فهى)
اى المرأة (له) لتصادقهما عليه (فان برهن الاخر) اى الذى لم تقر له (بعد ذلك) اى بعد الاقرار للاول (قضى له)
اى للمبرهن لقوة البرهان فان برهنا بعد الاقرار فالسابق اولى (وان برهن احدهما) على نكاحها (فقضى له) بالنكاح
(ثم برهن الاخر) على انه نكحها (لا يقبل) برهانه اذ لا ينقض شئ بمثله وههنا صار الاول اقوى لاتصال القضاء به
(الا) وقت (ان اثبت) ذلك الآخر بالبينة (سبقه) اى سبق نكاحه اياها على نكاح الاول فح يقضى له لتيقن الخطأ
فى الاول (وكذا لا يقبل برهان خارج على) زوج (ذى يد) على امرأة (نكاحه ظاهر) بنقلها الى بيته او بالدخول معه
الا ان اثبت الخارج سبقه اى سبق نكاحه على نكاح ذى اليد بالبينة فانه يقضى له لما مر (وان برهنا) اى الخارجان
(على شراء شئ من آخر) اى من ذى يد بلا تاريخ (فلكل نصفه) اى لكل واحد منهما نصف ذلك الشئ (بنصف
ثمنه) اى ثمن ذلك الشئ ان شاء ورجع به على البائع بنصف ثمنه (او تركه) اى ترك النصف ان شاء لانهما لما استويا
فى السبب وجب على القاضى ان يقضى به بينهما لتعذر القضاء بكله فيتخير كل منهما لتغير شرط عقده عليه فلعل
رغبته فى تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن وعند الشافعى فى قول واحمد يقرع وفى قول آخر تهاترت البينتان ويرجع
الى تصديق البائع لان احدهما كاذبة بيقين قلنا ان المحل الواحد لا يتصور ان يكون مملوكا لزيد على الكمال ومملوكا
لعمرو على الكمال لان المشهود فى الحقيقة هو السبب لانه المحسوس المحاط للشهود وكل واحد من الفريقين هناك
صادق بان يعاين السبب من الرجلين ولا يعلمان سبق احدهما (و بترك احدهما) نصفه (بعد ما قضى لهما لا يأخذ)
المدعى (الاخر كله) لان بالقضاء انفسخ العقد فى حق كل فى النصف قيد بقوله بعد القضاء لانه قبل القضاء به
يأخذ كله لاثبات برهانه اشتراء الكل بلا مزاحم للقضاء (فان كان لاحدهما يد او تاريخ فهو) اى صاحب اليد او التاريخ
(اولى) لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه اذ قبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى اقرب الازمان
وهو الحال مع ان قبض الشئ متأخر عن شرائه فصار شراؤه اقدم تاريخا من شراء غير القابض وبالتاريخ اثبت
ملكه فى ذلك الوقت واحتمل الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وقال صاحب البحر ولى اشكال
فى عبارة الكتاب هو ان اصل المسئلة مفروضة فى خارجين تنازعا فيما فى يد ثالث فاذا كان مع احدهما قبض كان ذا يد
تنازع مع خارج فلم تكن المسئلة ثم رأيت فى المعراج ما يزيله من جواز ان يراد انه اثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان
وهو الان فى يد البائع الا انه يشكل ما ذكره بعده عن الذخيرة بان ثبوت اليد لاحدهما بالمعاينة انتهى والحق
انها مسئلة اخرى وكان ينبغى افرادها انتهى (وان ارخا فالسابق اولى وان كان لاحدهما يد وللآخر
تاريخ فذو اليد اولى) لانه اثبت الشراء فى زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع به ثم لا يقضى بعده لغيره الا اذا
تلقى الملك منه (والشراء احق من هبة) مع قبض (وصدقة مع قبض) اى لو برهن خارجان على ذى يد
احدهما على الشراء منه والاخر على الهبة منه كان الشراء اولى من الهبة والصدقة لان الشراء اقوى لكونه
معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك فى الهبة والصدقة يتوقف على القبض هذا ان لم يورخا
فلو ارخا واتحد المملك فالاسبق تاريخا منهما احق بخلاف ما اذا اختلف المملك فانهما سواء فى صورة التاريخ
وعدمه لان كلا منهما خصم عن مملكه فى اثبات ملكه وهما فيه سواء بخلاف ما اذا اتحد لاحتياجهما الى
اثبات السبب وفيه تقدم الاقوى ولو ارخت احديهما فقط فالمورخة اولى قيد بكونهما خارجين للاحتراز عما اذا
كانت فى يد احدهما والمسئلة بحالها فانه يقضى للخارج الا فى اسبق التاريخ فهو للاسبق وان ارخت احديهما

فقط فلا ترجيح لها وان كانت فى ايديهما يقضى بينهما الا فى اسبق التاريخ فهى له كدعوى ملك مطلق كما فى البحر (والهبة والصدقة فيما لا يحتمل القسمة) كالعبد والدابة (سواء) بالاتفاق فيقضى بينهما نصفين لاستوائهما فى كونهما تبرعا واما فيما يحتمل القسمة كالدار فهما سواء عند البعض لان الشيوع طارئ فيقضى بينهما نصفين وعند البعض لا يدفع لانه تنفيذ الهبة فى الشايع فصار كاقامة البينتين على الارتهان وهذا اصح كما فى الهداية وفى البحر حاصله ان الصدقة اولى من الهبة فيما يحتمل القسمة وهذا عند عدم التاريخ والقبض واما اذا ارخا فالاسبق وان لم يورخا ومع احدهما قبض كان اولى وكذا ان ارخ احدهما فقط وفى الخلاصة ولو كان كلاهما هبة اوصدقة او احدهما هبة والاخر صدقة فلم يذكر الشهود القبض لا يصح وان ذكروا القبض ولم يورخوا او ارخوا تاريخا واحدا فهو بينهما اذا كان لا يحتمل القسمة وان كان يحتملها فلا يقضى لهما بشئ عند الامام وعندهما يقضى بينهما نصفين ولو كان فى يد احدهما يقضى له بالاجماع (وكذا الشراء والمهر عند ابى يوسف) اى ادعى شخص ان هذا الشئ اشتريته من زيد وادعت امرأة ان زيدا تزوجها على هذا الشئ فاقاما البينة ولم يذكرا تاريخا او ذكرا واستوى تاريخهما يقضى لكل واحد منهما بالنصف لان الشراء والمهر سواء فى اثبات الملك ثم للمرأة نصف القيمة على الزوج وللمشترى نصف الثمن المنقود على البائع وله فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه (وعند محمد الشراء اولى) فيقضى لصاحب الشراء (وعلى الزوج القيمة) اى قيمة المبيع للمرأة لان البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما امكن وهو ممكن بان يجعل الشراء سابقا اذ لو تزوج على ملك الغير صحت التسمية فتجب القيمة عند تعذر تسليم العين قيد بالشراء لانه لو اجتمع نكاح وهبة ورهن اوصدقة فالنكاح اولى وفى المنح اعتراض عن طرف صاحب الفصولين وجواب عن طرف صاحب البحر فليطالع (والرهن مع القبض اولى من الهبة) بلا عوض (معه) اى مع القبض يعنى لو ادعى احدهما رهنا مقبوضا والآخر هبة وقبضا واقاما البينة ولم يورخا فمدعى الرهن اولى استحسانا والقياس ان الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت البينة المثبتة للزيادة اولى وجه الاستحسان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى (فان كانت) اى الهبة (بشرط العوض فهى) اى الهبة (اولى) من الرهن لكونها فى معنى البيع انتهاء فيكون عقدها عقد ضمان يثبت الملك معنى وصورة بخلاف الرهن فانه لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة هذا اذا كانت العين فى يد ثالث اذ لو كانت فى ايديهما يقضى بها بينهما نصفين الا ان يورخا وتاريخ احدهما اسبق فيقضى له (وان برهن خارجان على ملك مورخ) هذه المسئلة قد ذكرت واعادتها هنا لاجل ذكر التاريخ (او شراء مورخ عن واحد) متعلق بشراء (غير ذى اليد) احترز بهذا عما برهنا على ما فى يد آخر كما مر تفصيلها (فالسابق اولى) لانه اثبت ملكه فى وقت لا ينازعه فيه احد الا اذا تلقى الملك منه وهذا القول متفق عليه على تخريج الكرخى وقول الامام على تخريج صاحب الامالى وقول ابى يوسف آخرا ومحمد اولا وفى قوله الاخر وهو قول ابى يوسف اولا هو بينهما كما فى التبيين (وان برهن احدهما على الشراء من زيد) و برهن (الاخر عليه) اى على الشراء (من بكر واتفق تاريخهما فهما سواء) يكون المبيع بينهما نصفين لان كل واحد منهما اثبت الملك لبايعه وملك بايعه مطلق بلا تاريخ فصار كما اذا حضر البايع فادعى الملك المطلق فيكون بين الخارجين لاستواء تاريخهما (وكذا لو وقت احدهما فقط) لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما اتفقا على الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره وفى البحر ان البينة على الشراء لا تقبل حتى يشهدوا انه اشتراها من فلان وهو يملكها وتمامه فيه فليطالع (ولو برهن خارج على الشراء من شخص و) برهن خارج (اخر على الهبة والقبض من غيره و) برهن خارج (اخر على الارث من ابيه و) برهن خارج (اخر على الصدقة والقبض من رابع قضى بينهم ارباعا) سواء كان معهم او مع بعضهم تاريخ اولم يكن لانهم يثبتون الملك لمملكهم وذلك تاريخ فيه ولا يقدم الاقوى كما فى التبيين (ولو برهن خارج على ملك مورخ وذو اليد على ملك اقدم منه) اى من الخارج فهو اى ذو اليد (اولى) عند الشيخين (خلافا لمحمد فى رواية) وفى رواية عنه على ما قالا ثم رجع عنه فقال لا تقبل بينة ذى اليد فى الملك المطلق اصلا لان البينة فيه تثبت اولية الملك فيستوى فيها التقدم والتأخر فصار كانهما قامتا على الملك المطلق ولهما ان البينة مع التاريخ تدفع ملك غيره فى وقت التاريخ وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره بعده الا بالتلقى من جهته وهو لم يدع ذلك قيد بسبق تاريخ ذى اليد لانه لو لم يكن لهما تاريخ او استوى تاريخهما او ارخت احديهما فقط كان الخارج اولى (وكذا الخلاف لو كانت اليد لهما) واقاما البينة فصاحب الوقت الاول اولى فى قول الشيخين وفى قول محمد لا يعتبر الوقت فكانهما قامتا على مطلق الملك فيكون بينهما (ولو برهن خارج وذو يد على ملك مطلق و وقت احدهما فقط فالخارج اولى) عند الطرفين (وعند ابى يوسف) وهو رواية عن الامام (ذو الوقت اولى) لانه اقدم وصار كما فى دعوى الشراء اذا ارخت احديهما كان صاحب التاريخ

اولى ولهما ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك فى التلقى من جهته (ولو كان المدعى فى ايديهما او فى يد ثالث والمسئلة بحالها) اى ادعى ذو اليد او الخارج واقاما البينة وارخت احدى البينتين (فهما سواء) عند الامام (وعند ابى يوسف الذى وقت اولى وعند محمد الذى اطلق اولى) وعلل صاحب الهداية بان دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوايد ورجوع الباعة بعضهم على بعض ولابى يوسف ان التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن وللامام ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشرى لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ انتهى لكن صوره فى المسئلة الثانية وهى قوله ولو فى يد ثالث واما فى المسئلة الاولى وهى قوله ولو فى ايديهما فذكر ان يكون نظير قوله ولو اقام الخارج وذو اليد على ملك مطلق الى آخره فقال فى عقبه فعلى هذا اذا كانت الدار فى ايديهما انتهى قال صاحب الايضاح وغيره فى تفسيره بان اقام احدهما على ملك مورخ والاخر على مطلق الملك سقط التاريخ عندهما وعنده صاحب الوقت اولى انتهى فبهذا التقرير يظهر مخالفة المص ما فى الهداية تتبع (وان برهن خارج وذو يد على النتاج) اى اقام كل منهما بينة (فذو اليد اولى) لان بينتهما قامتا على ما لا يدل عليه اليد فاستويا فى الاثبات وترجحت بينة صاحب اليد باليد فيقضى له به ولا عبرة للتاريخ لان اولية الملك يستوعب كل تاريخ فلا يفيد ذكره من احدهما او منهما اتحد التاريخان او اختلفا ما لم يذكرا تاريخا مستحيلا بان لم يوافق سن المدعى والقياس ان يكون الخارج اولى وبه قال ابن ابى ليلى وقال عيسى بن ابان تهاترت البينتان ويترك فى ذى اليد لا على وجه القضاء وجه الاستحسان ما روى انه عليه السلام قضى لذى اليد بناقة بعد ما اقام الخارج بينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها ولان اليد لا تدل على اولية الملك فكان مساويا للخارج فى اثباتها بندفع الخارج وبينة صاحب اليد مقبولة للدفع (وكذا لو برهن كل على تلقى الملك من آخر وعلى النتاج عنده) اى لو تلقى كل واحد من الخارج وذى اليد الملك من رجل فكان هناك بايعان واقام البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج فى يد نفسه فيقضى به لذى اليد كان البايعين قد حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك ههنا كما فى العناية (ولو برهن احدهما على الملك المطلق والآخر على النتاج فهو) اى صاحب النتاج (اولى) ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك صريحا فلا يثبت للاخر الا بالتلقى منه والاخر لم يتلق منه واوليته تثبت دلالة ولا عبرة بها مع الصريح (وكذا لو كانا خارجين) فبرهن احدهما على الملك المطلق والاخر على النتاج فبينة النتاج اولى لما بينا (ولو قضى بالنتاج لذى اليد ثم برهن ثالث على النتاج قضى له) اى للثالث (الا ان يعيد ذو اليد برهانه) لان بينة ذى اليد ما قامت على هذا المدعى وانما قامت على الاول فلم يصر الثالث مقضيا عليه بتلك القضية (كما لو برهن المقضى عليه بالملك المطلق على النتاج يقبل وينقض القضاء) اى لو ادعى ذو اليد والخارج الملك المطلق وبرهنا فقضى على ذى اليد بالملك ثم ان ذا اليد المقضى عليه لو اقام البينة على النتاج تقبل وينقض به القضاء الاول لانه بمنزلة النص فى دلالته على الاولية قطعا فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفى القياس لا يقبل برهانه لصيرورته مقضيا عليه بالملك كما فى العناية وفى البحر اطلق فشمل ما اذا برهن الخارج فقط على النتاج وقضى له ثم برهن ذو اليد يقضى له ويبطل القضاء الاول ولو ادعى ذو اليد نتاجا ايضا ولم يبرهنا حتى حكم بها للمدعى بالنتاج ثم برهن المدعى عليه على النتاج لا ينتقض الحكم ثم اعلم ان المقضى عليه فى حادثة لا تسمع دعواه بعده الا اذا برهن على ابطال القضاء او على تلقى الملك من المقضى له او على النتاج انتهى (وكل سبب لا يتكرر) اى فى الملك اذا ادعاه ذو اليد (فهو مثل النتاج) اى حكمه حكم النتاج فى جميع ما ذكرنا من الاحكام وذلك (كنسج ثياب لا تنسج الا مرة) كما اذا ادعى رجل ثوبا انه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه وكما اذا ادعت غزل قطن انه ملكها غزلته بيدها (وحلب اللبن) فانه مما لا يتكرر ايضا فاذا ادعى لبنا انه ملكه حلبه من شاته (واتخاذ الجبن) بان ادعى جبنا انه ملكه صنعه فى ملكه (واللبد) بان ادعى لبدا بانه صنعه من الصوف الذى هو ملكه (ومرعزى) وهى كالصوف تحت شعر المعز (وجز الصوف) بان ادعى صوفا مجزوزا انه ملكه جزه من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة فانه يقضى بذلك لذى اليد لانه فى معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص (وما يتكرر) اى كل سبب يتكرر قضى به للخارج (بمنزلة الملك المطلق) فلا يلحق بالنتاج (كنسج الخز) وهو اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا فانه مما يتكرر لان الخز والصوف والشعر اذا بلى ينقض ويغزل مرة اخرى ثم ينسج فيحتمل ان ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج

ونقضه ثم نسجه فيكون ملكا له بهذا الطريق فلم يكن فى معنى النتاج (وكالبناء) فانه مما يتكرر لانه يبنى
ثم ينهدم ثم يبنى (والغرس) لان النخل يغرس غير مرة (وزراعة البر والحبوب) لان البر قد يزرع فى الارض ثم
يغربل التراب فيميز البر منه ثم يزرع ثانيا فلم يكن فى معنى النتاج وكذا كل مايزرع مما يكال او يوزن فاذا ادعى ثوبا
انه ملكه من حزه اوادعى دارا انها ملكه بناها اوادعى غرسا انه ملكه غرسه اوحنطة انها ملكه زرعها اوحبا
آخر من الحبوب واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة قضى به للخارج لمامر (وما اشكل)
بحيث لايتيقن بالتكرر وعدمه (رجع فيه الى اهل الخبرة) لانهم اعرف به وقد قال الله تعالى فاسئلوا اهل
الذكر ان كنتم لاتعلمون (فان اشكل عليهم) اى على اهل الخبرة (جعل كالمطلق) اى قضى به للخارج لان
القضاء ببينة هو الاصل وانما عدلنا عنه بخبر النتاج كما روينا فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل (وان برهن خارج
على ملك مطلق وذو يد على الشراء منه) اى من الخارج بان كان عبد مثلا فى يد زيد وادعاه بكر بانه ملكه
وبرهن عليه وبرهن زيد على الشراء منه (فهو) اى ذواليد (اولى) لان الخارج وان كان يثبت اولية الملك
فذواليد يتلقى الملك منه ولاتنافى فيه فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه (وان برهن كل منهما) اى
من الخارج وذى اليد (على الشراء من صاحبه ولاتاريخ) لهما (تهاترتا) اى سقطت البينتان (وترك المال فى يد ذى
اليد) بغير قضاء عند الشيخين (وعند محمد) ان كان فى يد احدهما (يقضى) بالبينتين (للخارج) لامكان العمل
بهما بجعل ذى اليد مشتريا من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع اليه لان تمكنه من القبض
دلالة السبق على مامر ولايعكس لان البيع قبل القبض لايجوز ولهما ان الاقرار بالشراء من صاحبه اقرار
منه بالملك له فصار بينة كل منهما كانها قامت على اقرار الآخر وفيه التهاتر بالاجماع لتعذر الجمع فكذا هذا
كما فى التبيين (وان ارخا) اى الخارج وذى اليد (فى العقار بلاذكر قبض وتاريخ الخارج اسبق قضى لذى اليد)
عند الشيخين فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من ذى اليد وهو جائز فى العقار عندهما (وعند محمد)
قضى (للخارج) اذلايصح عنده بيعه قبل القبض فبقى على ملكه وفى التبيين وكان ينبغى ان يقضى به لذى اليد
عنده ايضا فيجعل الخارج كانه قبضه ثم باعه لذى اليد عنده ايضا فيجعل الخارج كانه قبضه ثم باعه من بايعه
وهو ذواليد تصحيحا للعقد انتهى (وان اثبتا قبضا قضى لذى اليد اتفاقا) لان البيعين جائزان على القولين
لان الخارج باعه من بايعه بعد ماقبضه وذلك صحيح (وان كان وقت ذى اليداسبق قضى للخارج فى الوجهين)
فيجعل كانه اشتراه ذواليد وقبض ثم باع ولم يسلم اوسلم ثم وصل اليه بسبب آخر كما فى الهداية لكن فى البحر
وفى المبسوط مايخالفه كما علم من الكافى وتمامه فيه فليطالع قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية قالوا حاصل الكلام
فى ضبط هذه الاقسام ان كان تاريخ احد المدعين عند اقامتهما البينة سابقا فهو احق وان لم يكن سابقا
بل كان مساويا بان ارخا موافقا اولم يورخا اصلا اوارخ احدهما وكان كل واحد منهما صاحب يد او كان
كل منهما خارجا فى الملك المطلق اوفى الملك بسبب فهما متساويان الااذا تلقيا من واحد وارخ احدهما فهو
احق وان كان احدهما صاحب يد والآخر خارجا فالخارج احق فى الملك المطلق عند التساوى فى التاريخ الااذا
ادعيا مع الملك فعلا بان قال هو عبدى اعتقته اودبرته فذواليد احق بخلاف ما اذا قال كل واحد هو عبدى
كاتبته فهما متساويان لكونهما خارجين اذلابد فى عقد الكتابة من اهلية العاقدين فاذاعقدا يكون العبد
معتقا يدا فلا يتصور اليد عليه بخلاف المعتق فانه فى يد المولى اذا كان صغيرا اوكبيرا لايعرف عتقه ولوقال
احدهما هو عبدى كاتبته وقال الآخر دبرته اواعتقته فهو اولى لان كل بينة يكون اكثر اثباتا فهو احق هذا فى
الخارج وذى اليد فى الملك المطلق امافى الملك بسبب فان ذكر الخارج وذو اليد سببا واحدا وتلقيا من واحد
فذواليد احق وان تلقيا من اثنين فالخارج احق عند التساوى فى التاريخ وان ذكرا سببين كالشراء والهبة
وغير ذلك ينظر الى قوة السبب انتهى (ولاترجيح بكثرة الشهود) لان الترجيح عندنا بقوة الدليل لابكثرته
حتى لواقام احد المدعين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء اذشهادتهما ليست اقل من شهادتهم فى اثبات
المدعى لان الاثنين علة تامة موجبة للحكم فالكثرة لاتصلح للترجيح ولهذا لاترجح الاية باية اخرى ولاالخبر
بالخبر وانما يرجح بقوة فيه بان كان احدهما متواترا والاخر من الاحاد اوكان احدهما مفسرا والاخر محتملا
فيرجح المفسر على المحتمل والمتواتر على الاحاد لقوة وصف فيه وقيل يقضى لاكثرهما عددا لان القلب اميل الى قول
الاكثر وكذا لاترجيح بزيادة العدالة لان المعتبر فى الشاهد اصل العدالة وهى ليست بذى حد فلايقع الترجيح
بها خلافا لمالك (وان ادعى احد خارجين نصف دار والاخر كلها) وبرهنا على ذلك (فلربع الاول)

عند الامام (وعندهما) للاول (الثلث والباقى للاخر) لان الامام اعتبر طريق المنازعة وهوان صاحب النصف
لاينازع صاحب الكل فى النصف فسلم له النصف واستوت منازعتهما فى النصف الآخر فينصف النصف بينهما
فلصاحب الكل ثلاثة ارباع ولصاحب النصف الربع وهما اعتبرا طريق العول والمضاربة لان
فى المسئلة كلا ونصفا فالمسئلة من اثنين وتعول الى ثلاثة ولصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف
سهم هذا هو العول واما المضاربة فان كل واحد يضرب بكل حقه فلصاحب الكل له ثلثان من الثلاثة فيضرب
الثلثين فى الدار وصاحب النصف له ثلث من الثلاثة فيضرب الثلث فى الدار فيحصل له ثلث الدار لان ضرب
الكسور بطريق الاضافة فانه اذاضرب الثلث فى الستة معناه ثلث الستة وهو اثنان وفى البحر تفصيل فليراجع
(وان كانت) الدار (فى يدهما فكلها) اى كل الدار (لمدعى الكل نصف بقضاء ونصف بلاقضاء) لان دعوى
مدعى النصف منصرفة الى مافى يده لتكون يده يدا محقة فى حقه لان حمل امور المسلمين على الصحة واجب
فمدعى النصف لايدعى شيئا مما فى يد صاحب الجميع فسلم النصف لمدعى الجميع بلامنازعة فبقى مافى يده لاعلى وجه
القضاء اذلاقضاء بدون الدعوى واجتمعت بينة الخارج وذى اليد فيما فى يد صاحب النصف فتقدم بينة الخارج
ولوكانت فى يد ثلاثة فادعى احدهم كلها وآخر نصفها وآخر ثلثها وبرهنوا فهى مقسومة عنده بطريق المنازعة
وعندهما بالعول وبيانه فى الكافى فليطالع (ولو برهن خارجان على نتاج دابة وارخا قضى لمن وافق سنها تاريخه)
لرجحانه بشهادة الحال ولافرق فى ذلك بين ان تكون الدابة فى ايديهما اوفى يد احدهما اوفى يد ثالث لان المعنى لايختلف
(وان اشكل) اى سنها بان لا يوافق التاريخين لعدم العلم (فلهما) اى يقضى لهما لعدم رجحان احد البرهانين
(وان خالفهما) اى خالف السن التاريخين معا (بطلا) اى البرهانان لظهور كذب كل من الفريقين فتترك الدابة بغير
قضاء فى يد صاحب اليد كما فى الهداية وغيرها وفى التبيين والاصح انهما لايبطلان بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين
اوكانت فى ايديهما وان كانت فى يد احدهما يقضى بها بينهما وتمامه فيه فليطالع (وان برهن احد الخارجين
على غصب شئ والآخر على وديعته استويا) لان المودع اذا انكر الوديعة يصير غاصبا وبرهان الوديعة يتضمن انكار
صاحب يد * (فصل فى التنازع بالايدى) * لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع فى وقوعه بظاهر اليد لما ان الاول
اقوى ولهذا اذاقامت البينة لايلتفت الى اليد فقال (لابس الثوب اولى من الاخذ بكمه والراكب احق من الاخذ باللجام
ومن فى السرج احق من الرديف) اى لوتنازعا ثوبا احدهما لابس والآخر اخذ بكمه وغيره من الاطراف ولابينة
فاللابس اولى من الاخذ فى كونه صاحب يد لانه متصرف ومستعمل وكذا لوتنازعا دابة احدهما راكبها والآخر
آخذ بلجامها والراكب اولى فى كونه ذايد اذتصرفه اقوى وكذا لوتنازعا دابة احدهما راكب بسرجها والآخر
رديفه فالاول احق لان تمكنه من ذلك دليل على تقدم يده وقيل هى بينهما على السواء (وصاحب الحمل اولى ممن علق
كوزه عليها) اى اذا تنازعا دابة وعليها حمل لاحدهما وللاخر كوز والاول اولى من كونه ذايد لانه اكثر تصرفا
فيها ولاترجيح بكثرة الحمل ان كانا حملاها وتنازعا كما لاعبرة بكثرة الشهود واذا اقاما بينة فى هذه الصور فبينة من كان
فى حكم خارج اولى لمامر مرارا (والراكبان بلاسرج) اوراكبان (فيه) اى فى السرج (سواء) لاستوائهما فى التصرف
ولوكان احدهما متعلقا بذنبها والاخر ممسكا بلجامها قالوا ينبغى ان يقضى بها لمن يمسك لجامها لانه لايتعلق
باللجام غالبا الاالمالك بخلاف التعلق بالذنب (وكذا الجالس على البساط والمتعلق به) سواء اى اذا تنازعا فى بساط
احدهما قاعد عليه والاخر متعلق به فهو بينهما نصفان لاعلى طريق القضاء لان الجلوس عليه ليس بيد فاستويا
فى عدم اليد بخلاف الركوب واللبس لان المرء يصير بهما غاصبا لابالجلوس وكذا اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما
(ومن معه) اى وكذا ان كان (ثوب) فى يد رجل (وطرفه مع آخر) حيث ينصف بينهما وان كان يد احدهما
فى الاكثر لان الزيادة من جنس الحجة فان كل واحد منهما مستمسك باليد الاان احدهما اكثر استمساكا ومثل تلك
لايوجب الرجحان وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة
هى اليد والزيادة هى الاستعمال كما فى العناية بخلاف جالسى الدار تنازعا فيها حيث لايقضى بينهما
لابطريق الترك ولابغيره لان الجلوس لايدل على الملك (والحائط) وهو الجدار (لمن جذوعه عليه) اى على الحائط
(اواتصل ببنائه اتصال تربيع) اتصال التربيع اتصال جدار بجدار بحيث يتداخل لبنات هذا الجدار فى لبنات
ذلك وانما سمى اتصال التربيع لانهما يبنيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع وان كان الجدار من خشب
فالتربيع ان يكون ساج احدهما مركبا فى الاخر واما اذا نقب وادخل فلايكون مربعا فلاعبرة به ولاباتصال الملازقة
من غير تربيع لعدم المداخلة فلايدل على انهما بنيا معا (لالمن له عليه هرادى) وهى خشبات توضع على الجذوع

و يلق عليهما التراب فانها غير معتبرة وكذا البوارى لانه لم يكن استعمالا له وضعا اذ الحائط لايبنى لها بل للتسقيف
وهو لايمكن على الهرادى والبوارى كما فى الدرر (بل الجاران فيه سواء) يعنى اذا تنازعا فى حائط ولاحد هما
عليه هرادى وليس للاخر شئ فهو بينهما لان الحايط لايبنى لاجلها بخلاف الجذوع (وان كان لكل) من الرجلين
(عليه) اى على الحائط (ثلاثة جذوع فبينهما) لاستوائهما فى اصل العلة (ولا ترجيح بالاكثر منها) اى من الثلاثة يعنى
ولامعتبر بالكثرة والقلة بعد ان يبلغ ثلاثا لان الترجيح بالقوة لابالكثرة على ماينا واشترط ان يبلغ لثلاث لان الحائط يبنى
للتسقيف وذلك لايحصل بمادون الثلاث غالبا فصار الثلاث كالنصاب له (وان كان لاحد هما ثلاثة) جذوع
(وللاخر اقل فهو) اى الحائط (لصاحب الثلاثة) استحسانا وهو قول الامام والقياس وهو مروى عن الامام ان يكون
بينهما نصفين لماينا ان الترجيح بالقوة لابالكثرة فيستويان ووجه الاستحسان ان مادون الثلاث حجة ناقصة اذلا
يبنى الحائط فمادونه والحجة الناقصة لاتظهر بمقابلة الكاملة (وللاخر موضع خشبه) باتفاق الروايات لان حكمنا بالحائط
لصاحب الجذوع بالظ وهو يصلح بالدفع لالللاستحقاق فلا يؤمر بالقلع ثم اختلفت الروايات بعد ذلك فى انه
يملك ذلك الموضع اولاذكر فى كتاب الدعوى ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع لان موضع جذعه مشغول
بجذعه فيكون فى يده حقيقة باعتبار الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيماتحت خشبته لوجود سبب
الاستحقاق فيه وصححه قاضيخان وفى كتاب الاقرار ان الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل
ماتحت جذعه يريد به حق الوضع لان الحائط لايبنى لاجل جذع اوجذعين عادة وانما ينصب له اسطوانة فلا
يحكم له بالملك وفى المحيط وهو اصح وتمامه فى التبيين فليطالع (ولو) كان (لاحدهما جذوع وللاخر اتصال فلذى
الاتصال) اى صاحب الاتصال اولى (وللاخر) اى لصاحب الجذوع (حق الوضع) وهذه رواية الطحاوى وصححه
الجرجانى لان الحائطين بهذا الاتصال كبناء واحد فالقضاء ببعضه يصير قضاء بكله ثم يبقى للاخر وضع جذوعه لماينا
ولافرق بين ان يكون الاتصال من جانب اومن جانبين (وقيل لذى الجذوع) اى صاحب الجذوع اولى ورجح
السرخسى هذه الرواية لان له تصرفا فى الحائط ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى فى الدلالة على الملك
وفى المحيط الايدى فى الحائط على ثلاث مراتب اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة بناء
فاولاهم صاحب التربيع ثم صاحب جذوع ثم صاحب المحاذاة (وذو بيت من دار كذى بيوت منها) اى من الدار
(فى حق ساحتها) الساحة نصفان بينهما لاستوائهما فى الاستعمال وهو المرور فيها والتوضى وكسر الحطب
و وضع الامتعة ونحو ذلك فصارت نظير الطريق بخلاف ما اذا تنازعا فى الشرب حيث يقسم بينهما على
قدر اراضيهما (ولو ادعيا ارضا كل) منهما يدعى (انها) اى الارض (فى يده و برهنا) كذلك (قضى بيد هما)
لان اليد فيها غير مشاهد لتعذر احضارها والبينة تثبت ماغاب عن علم القاضى (فان برهن احدهما) فقط
(او كان) احدهما (لبن فيها) اى فى الارض لبنا (او بنى) فيها (او حفر) فيها (قضى بيده) اما الاول فلقيام الحجة
فان اليد حق مقصود واما فى الصور الباقية فلوجود التصرف والاستعمال ولو قال او تصرفا بدل او كان لبن
فيها او بنى او حفر لكان اشمل واقصر تدبر (وفى يده صبى يعبر عن نفسه) اى يتكلم و يعلم مايقول (قال انا حر) وانكر
صاحب اليد (فالقول له) لانه ان كان يعبر عن نفسه فهو فى يد نفسه فلا يقبل دعوى احد عليه انه عبده عند انكاره
الا ببينة كالبالغ (وان قال) هذا الصبى (انا عبد لفلان) وهو غير ذى اليد (فهو عبد لذى اليد) بالاجماع لانه لما اقر بكونه
رقيقا لفلان اقرانه ليس له استقلال ولاقدرة على نفسه فلا يعمل باقراره و يكون عبد الذى اليد لا للخارج
الا بالبينة لايقال ان الاقرار بالرق ضرر وكان الواجب ان لايعتبر فى حق الصبى لان الرق لم يثبت بقوله بل بدعوى
ذى اليد لعدم المعارض وتمامه فى التبيين فليراجع (وكذا من لا يعبر عن نفسه) اذ هو بمنزلة المتاع فيكون
ملكا لمن هو فى يده ان ادعاه لعدم المعارض من يد على نفسه حقيقة او حكما (فلو ادعى الحرية عند كبره لايقبل
بلاحجة) اى لو كبر وادعى الحرية فلا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق فلا ينقض ذلك الا ببينة * باب دعوى
النسب (* لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع فى دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا فقدمه
(ولدت مبيعة لاقل من نصف سنة) قرينة (منذ بيعت فادعاه) اى الولد (البايع) اى بايع المبيعة (ولو اكثر)
من واحد (فهو) اى الولد (ابنه) فيثبت نسبه من البايع بدعوته وان لم يصدقه المشترى لتيقن العلوق قبل البيع
فى ملكه مع دعوة لم تبطل بالبيع والمراد من المبيعة الجارية التى لاتباع الامة كما هو المتبادر فبهذا اندفع ماقيل
من انه واجب عليه ان يقول منذ بيعت وقد ملكها سنتين احترازا عما اذا بيعت مرتين فولدت لاقل من ستة
اشهر فانه ح لم يتيقن ان العلوق فى ملك البايع الاول او الثانى (وهى) اى الجارية (ام ولده) لان العلوق وقع فى ملكه

باب دعوى النسب

بيقين (و يفسخ البيع) لعدم جواز بيع ام الولد فيأخذ البايع المبيعة (و يرد الثمن) لعدم سلامة المبيع للمشترى
(وان) وصلية (ادعاه) اى النسب (المشترى مع دعوته) اى البايع (او) ادعاه المشترى (بعدها) لان دعوة البايع
دعوة استيلاد لكون اصل العلوق فى ملكه ودعوة المشترى دعوة تحرير اذ اصل العلوق لم يكن فى ملكه والاول
اقوى واسبق هذا عندنا وهو استحسان لان العلوق لما اتصل بملكه كان ذلك على كونه منه شهادة ظاهرة حيث
ان الظ عدم الزنا مع ان النسب مبناه على الخفأ فيعفى فيه التناقض والقياس و هو قول زفر والائمة الثلاثة دعوته
بطلة لان البيع اعتراف منه بانها امة و بالدعوة يكون مناقضا واذا بطلت دعواه لم يثبت النسب بدون الدعوة
الا ان يصدقه المشترى اما لو ادعى المشترى اولا ثم ادعاه البايع لايثبت النسب من البايع لان النسب الثابت
من المشترى لايحتمل النقض كاعتاقه اذ يحتمل على ان المشترى نكحها واستولدها ثم اشتراها (وكذا) يثبت
النسب من البايع (لو ادعاه) اى البايع (بعد موت الام او عتقها) اى ان ماتت الام ثم ادعاه البايع وقد ولدت للاقل
يثبت النسب من البايع و يأخذ الولد لان الاصل فى ثبوت النسب هو الولد لا الام ولذا تضاف الام اليه و يقال
ام الولد وتستفيد الام الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها فالثابت لها حق الحرية وله حقيقتها
والادنى يتبع الاعلى فلا يضره فوات التبع وكذا لو ادعى البايع الولد المولود لاقل من نصف سنة بعد اعتاق المشترى
الام يثبت نسبه و يحكم بحريته لا فى حق الام فلا تصير ام الولد للبايع لان دعوته ان صحت فى حق الام بطل
اعتاق المشترى والعتق بعد وقوعه لايحتمل البطلان و يرد حصته) اى حصة الولد (من الثمن فى العتق) اى يقسم الثمن
على قيمتى الولد والام و يرد ما اصاب الولد من القيمة يوم الولادة دون ما اصاب الام من القيمة يوم القبض (و) يرد
(كل الثمن فى الموت) عند الامام لانه تبين انه باع ام ولده ومالية ام الولد غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى
(وقالا) يرد (حصته فيهما) اى فى العتق والموت لانها متقومة عندهما فيضمنها فعلى ماذكره يكون رد حصته من الثمن
لاحصتها متفقا عليه انما الخلاف فى الموت لكن فى الدرر وغيره اذا اعتق المشترى الام او دبرها يرد البايع على المشترى
حصته من الثمن عندهما وعنده يرد كل الثمن فى الصحيح كما فى الموت كذا ذكر فى الهداية فعلى هذا ان الخلاف ثابت
فيهما على ما اختاره صاحب الهداية والمص اختار ماذكر فى المبسوط حيث قال يرد حصته من الثمن لاحصتها بالاتفاق
وفرق على هذا بين الموت والعتق بان القاضى كذب البايع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشترى فيبطل زعمه ولم يوجد
التكذيب فى فصل الموت فيؤخذ بزعمه فيسترد بحصتها ايضا كما فى الكافى (والوادعاه) البايع (بعد موته) اى بعد موت
الولد (او عتقه ردت) دعواه لعدم حاجته الى النسب بعد الموت وكذا بعد عتقه لماذكرنا ان الولد هو الاصل (ولو ولدت)
الجارية المبيعة (لاكثر من نصف سنة واقل من سنتين) منذ بيعت (ان صدقه المشترى) الدعوة (فالحكم كالاول)
يعنى ثبت نسبه وامية ها و يفسخ البيع و يرد الثمن عندنا خلافا لزفر والشافعى على مامر (والا) اى وان لم يصدقه
المشترى (فلا يثبت النسب لاحتمال) ان لايكون العلوق فى ملكه فلم توجد الحجة فلابد من تصديقه فاذا صدقه
فقد رضى باسقاط حقه فيثبت النسب (وان) ولدت (لاكثر من سنتين) منذ بيعت لانه لم يوجد اتصال
العلوق بملكه وهو الاصل (فان صدقه المشترى) البايع (ثبت نسبه) اى نسب الولد (وحمل على النكاح ولا يرد المبيع
ولا يعتق ولده) ولا تصير الامة ام ولد لحدوث العلوق بعد البيع ولايستند على ماقبله حتى لزم بطلان بيعه والامة
ام ولد لبايعه بملك نكاح بان ملكها ثم باعها فاستولدها بالنكاح حملا لامره على الصلاح (وان باع عبدا ولد عنده) اى
عند البايع وكان العلوق ايضا عنده (ثم ادعاه بعد بيع مشتريه) من آخر (صحت دعوته) و يكون هو ابنه (ورد بيع مشتريه)
لان اتصال العلوق بملكه كالبينة والبيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لايحتمله فينتقض البيع لاجله (وكذا)
الحكم (لو كاتبه) اى الولد (المشترى او كاتب) المشترى (امه او رهن) الولد او امه (او اجر) الولد او امه (او زوجها)
اى الام (ثم كانت الدعوة صحت) اى دعوته (ونقضت هذه التصرفات) لان هذه العوارض يحتمل النقض فينتقض
ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير لانهما لايحتملان النقض على مامر (ولو باع احد التوأمين ولدا عنده
فاعتقه مشتريه ثم ادعى البايع) التوأم (الاخر ثبت نسبهما منه) لانهما خلقا من ماء واحد (و بطل عتق المشترى
اذ ثبوت نسب احدهما يستلزم نسب الاخر هذا اذا كان اصل العلوق فى ملك البايع وان لم يكن فى ملكه يثبت
نسبهما منه عند تصديق المشترى ولا يبطل عتق المشترى ولا ينتقض بيع البايع لان هذه دعوة تحرير فيقتصر
على محل ولايته (ومن فى يده صبى) لايعبر عن نفسه (لو قال هو ابن زيد) او هو ابن عبد فلان الغائب (ثم قال هو
ابنى لايكون ابنه) اى ابن ذى اليد (وان) وصلية (جحد زيد بنوته) عند الامام لان النسب مما لايحتمل النقض بعد ثبوته
والاقرار بمثله لايرتد بالرد فبقى فتمتنع دعوته واذا صدقه زيد او لم يدر تصديقه ولا تكذيبه لم تصح دعوة المقر عنده

(وعندهما يصح ان يجد) زيد بنوته وهو ابن ذى اليد لان الاقرار ارتد بالرد فصار كان لم يكن والاقرار بالنسب يرتد
بالرد وان كان لايحتمل النقض وفى الدرر نقلا عن العمادية ولو قال الصبى هذا الولد منى ثم قال ليس منى ثم قال هو منى
يصح اذ الاقرار بانه ابنى تعلق حق المقر والمقر له اما حق المقر له فانه ثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفى كونه (مخلوقا)
من ماء الزنا فاذا قال ليس هذا الولد منى لايملك ابطال حق الولد فاذا عاد الى التصديق يصح ولو قال هذا الولد
منى ثم قال ليس منى لايصح النفى لان النسب ثبت واذا ثبت لاينتفى بالنفى وهذا اذا صدقه الابن اما بغير التصديق
فلا يثبت النسب لانه اقرار على الغير بانه جزئى لكن اذا لم يصدقه الابن ثم عاد الى التصديق يثبت النسب لان اقرار الاب
لم يبطل بعدم تصديق الابن فيثبت النسب ولو انكر الاب الاقرار فاقام الابن البينة انه اقر انى ابنه تقبل
والاقرار بانه ابنى مقبول لانه اقرار على نفسه بانه جزؤه اما الاقرار بانه اخوه لاتقبل لانه اقرار على الغير (ولو كان) الصبى
(فى يد مسلم وذمى فادعى المسلم رقه و) ادعى (الكافر بنوته فهو حر ابن الكافر) لان الاسلام مرجح انما كان والترجيح
يستدعى التعارض ولاتعارض ههنا لان النظر للصبى واجب ونظره فيما ذكرنا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا
وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفى عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية اذ ليس
فى وسعه اكتسابها وتمامه فى العناية فليطالع قيل مسلم ايضا حالا بحكم الاسلام لاعبد لمسلم هذا اذا ادعيا معا
وان سبق دعوى المسلم كان عبدا له وان ادعيا البنوة كان ابنا للمسلم لحصول الاسلام حالا (و) لو كان الصبى (فى يد زوجين
فزعم) الزوج (انه ابنها من غيرها فزعمت) الزوجة (انه ابنها من غيره فهو) اى الولد ابنهما لان كلا منهما اقر للولد
بالنسب وهو فى ايديهما ثم يريد كل منهما ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه والمراد من الصبى الصبى الغير المعبر
والا فهو لمن صدقه (ولو استولد مشتراته) يعنى لو اشترى امة فولدت منه وادعاه (ثم استحقت) الامة بدعوى مستحق
(فالولد حر) وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشراء اى سبب كان كالارث والهبة والوصية وكذا اذا تزوجها على انها
حرة فولدت له فاستحقت كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا لو قال ولو ملك امة باى سبب كان لكان اشمل (وعلى الاب
قيمته) اى قيمة الولد باجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل
الولد حر الاصل فى حق ابيه ورقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما (يوم الخصومة) لانه يوم المنع كولد المغصوبة
(فان مات الولد) قبل الخصومة اذ بعد الخصومة يغرم لتحقق المنع منه (فلا شئ على ابيه) لانعدام المنع
(وتركته له) اى تكون تركة الولد ميراثا لابيه سواء كان قبل الخصومة او بعدها لكونه حر الاصل
اذ الولد فى حيوته احق بماله فيكون الاب احق بعد وفاته لانه خلفه (وان قتله الاب غرم قيمته) لتحقق المنع
من الاب بقتله (وكذا ان قتله غيره) اى غير الاب (فاخذ ديته) اى اخذ الاب مقدار قيمة الولد لان سلامة
بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا (ويرجع) المشترى (بقيمته) اى قيمة الولد
التى ضمنها (وبالثمن) اى ثمن الجارية (على بايعه) لان البايع ضمن له سلامة الولد لكونه جزء المبيع
اذ الغرور يشمل سلامة جميع اجزاء المبيع (لا) يرجع (بالعقر) الذى اخذ منه المستحق لانه بدل استيفاء منفعة
البضع وهى ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البايع ضامنا لسلامته وعند الائمة الثلاثة يرجع بالعقر ايضا ولو باعها
المشترى من آخر فاستولدها الثانى ثم استحقت رجع المشترى الثانى على البايع الثانى بالثمن وبقيمة الولد والمشترى الاول
على البايع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند الامام وقالا يرجع عليه بقيمة الولد ايضا وفى الدرر ادعى العصوبة
وبين النسب وبرهن الخصم ان النسب بخلافه ان قضى بالاول لم يقض به والا تساقطا للتعارض وعدم الاولوية
برهن انه ابن عمه لابيه وامه وبرهن الدافع انه ابن عمه لامه فقط او على اقرار الميت به اى بانه ابن عمه لامه فقط كان
دفعا قبل القضاء بالاول لا بعده لتأكيده بالقضاء بخلاف الاول ادعى ميراثا بالعصوبة فدفعه ان يدعى خصمه
قبل الحكم اقراره مفعول يدعى بانه من ذوى الارحام اذ يكون ح بين كلاميه تناقض انتهى ❋) كتاب الاقرار (❋
مناسبته بالدعوى لان حال المدعى عليه دائر بين الاقرار والانكار والى الاقرار اقرب لان الغالب فى حال المسلم
الصدق (هو) لغة الاثبات من قر الشئ قرارا اذا قام وثبت ومنه ثابت القدم لمن قر ويقال اقره اقرارا اذا اقامه
هذا فى الحسى واما فى القول يقال اقر به اذا اظهر بالقول وشرعا (اخبار) اى اعلام بالقول فلو كتب او اشار
ولم يقل شيئا لم يكن اقرارا ويدخل فيه ما اذا كتب الى الغائب اما بعد فله على كذا فانه كالقول شرعا
كما فى القهستانى (بحق) اى بما يثبت ويسقط من عين وغيره لكنه لايستعمل الا فى حق المالية فيخرج عنه ما دخل
من حق التعزير ونحوه (لاخر على نفسه) اى لغير المخبر على المخبر اما لنفسه على آخر فهو دعوى ولاخر على آخر
فهو شهادة وفى ما قاله ابو المكارم من ان التعريف منقوض باقرار الوكيل فى حق الموكل كلام لنيابته منابه

كتاب الاقرار

شرعا

شرعا والدليل على حجيته الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول وشرطه الحرية والعقل والبلوغ وركنه
ان يقول المقر لفلان على كذا (ولا يصح) الاقرار (الا لمعلوم) اى لشخص معلوم لان المجهول لايصلح مستحقا وفى المنح
واما جهالة المقر له فانعة من صحته ان تفاحشت كلواحد من الناس على كذا والا كلاحد هذين على كذا لا ولا يجبر
على البيان ولكل منهما ان يحلفه وفى الدرر وان لم تتفاحش بان اقر بانه غصب هذا العبد من هذا ومن هذا فانه
لايصح عند شمس الائمة السرخسى لانه اقرار للمجهول وانه لايفيد وقيل يصح وهو الاصح وتمامه فيه فليطالع
(وحكمه) اى الاقرار (ظهور المقر به) اى المخبر به للمقر له عليه (لا انشاؤه) اى لا اثبات المقر به له بهذا اللفظ ولذا
قالوا ان المقر له اذا علم ان المقر كاذب فى اقراره ثم اخذه منه لم يحل له ديانة الا انه اخذه عن طيب نفسه فانه تمليك مبتدأ
وانما لم يكتف بالاثبات عن النفى وجمعهما مبالغة فى رد ما قال بعض المشايخ ان الاقرار انشاء وانما اطلق اشارة
الى ان تصديق المقر له لم يشترط وان ارتد برده ولو صدقه ثم رده لم يصح الرد ولو رده ثم اعاد اقراره صح الاقرار
كما فى القهستانى وقد فرع على كون حكم الاقرار ظهور المقر به لا انشاؤه بقوله (فصح الاقرار بالخمر للمسلم) ولو كان
الاقرار انشاء لما صح لان المسلم لايصلح له تمليك الخمر وفى المحيط لو اقر بخمر لمسلم يصح ويؤمر بتسليمها اذا طلب
استردادها ولو اقر بخمر مستهلك لمسلم لايصح لانه لايجب للمسلم بدل الخمر (لا) يصح الاقرار (بطلاق وعتاق مكرها)
لقيام دليل الكذب وهو الاكراه ولو كان انشاء لصح لان طلاق المكره واعتاقه واقعان عندنا (واذا اقر حر) وانما
شرط الحرية ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور عليه يتأخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا المأذون
فيما ليس من باب التجارة كالمهر لوطئ امرأة تزوجها بغير اذن مولاه والجناية الموجبة للمال لان الاذن لايتناول
الا التجارة فلم يكن مسلطا عليه بخلاف ما اذا اقر بالحدود والقصاص (مكلف) لان اقرار المجنون والمعتوه والصبى
العاقل لايصح لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبى والمعتوه مأذونا له فى التجارة فيصح اقراره كما هو
من ضرورات التجارة كالدين والوديعة والعارية والمضاربة والغصب دون ما ليس منها كالمهر والجناية والكفالة
لدخول ما كان من باب التجارة تحت الاذن دون غيره والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران
جائز مطلقا اذا كان سكره بطريق محظور الا اذا اقر فيما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة لله تعالى وان سكر
بطريق مباح كالشرب مكرها وكذا شرب المتخذ من الحبوب والعسل عندهما خلافا لمحمد (بحق معلوم او مجهول
كشئ وحق) اى قال لفلان على شئ او حق (صح) اقراره لان جهالة المقر به لاتمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه
مجهولا بان اتلف مالا لايدرى او جرح جراحة لايدرى ارشها (ولزمه) فيما اقر بمجهول (بيان المجهول) حتى
لو امتنع اجبره القاضى على بيانه (بما له قيمة) لانه اخبر عن الواجب فى ذمته وما لا قيمة له لايجب كحبة من الحنطة
فلا يقبل قوله بل يحمل على الرجوع فيجبر على البيان وفى المحيط ولو قال لفلان على حق ثم عنيت به حق الاسلام
او الجار لايصدق الا اذا قال ذلك موصولا لانه بيان باعتبار العرف خلافا للائمة الثلاثة (والقول قوله) اى قول المقر
(مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر) مما بينه المقر بلا برهان لانكاره الزيادة والقول للمنكر وفى المنح تفصيل فليراجع
وفى القهستانى او انكر الاقرار بمجهول واريد اقامة البينة عليه لم يقبل لان جهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة
وتمامه فى الجواهر والتحفة (وفى) قوله له على (مال لايصدق فى اقل من درهم) لان ما دونه من الكسور لايطلق
عليه اسم المال عادة وهو المعتبر خلافا للائمة الثلاثة (و) لزم فى على (مال عظيم نصاب مما بين به فضة
او غيرها) لان النصاب عظيم يجعل صاحبه غنيا هذا قولهما ورواية عن الامام وعنه انه يصدق فى عشرة
دراهم لانها مال عظيم حتى تقطع بها اليد ويستباح البضع قيل الاصح على قول الامام ان ينظر الى حال
المقر فى الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم والكثير عند الغنى ليس بعظيم وهو فى الشرع متعارض
فان المأتين فى الزكوة عظيم وفى السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع الى حال المقر (ومن الابل خمسة وعشرون)
اى لزم فى قوله على مال عظيم من الابل خمس وعشرون ابلا لانه اول نصاب تجب فيه الزكوة من جنسه فهو
عظيم من وجه دون وجه والمطلق ينصرف الى الكامل وفى المنح وان قال غصبت ابلا كثيرة او بقرا كثيرة او غنما
كثيرة ينصرف الى اقل نصاب يؤخذ منه ما هو من جنسه عندهما وهو خمسة وعشرون من الابل والثلثون
من البقر والاربعون من الغنم وعنده يرجع الى بيان المقر (ومن البر خمسة اوسق) لانه المقدر بالنصاب
عندهما وعند الامام يرجع الى بيان المقر وقول المص مما بين الى هنا لايخلو عن التشويش يظهر لك عند التأمل
(ومن غير مال الزكوة لزمه قيمة النصاب) فلا يصدق فى اقل من مقدار النصاب قيمة فى غير مال الزكوة
كالحمار والبغل لان قدر قيمة عظيم ايضا وعن الامام انه مقدر بعشرة دراهم كما فى الاختيار (و) لزم فى (له) على

(اموال عظام ثلثة نصب من) اى مال فسره به لان اقل الجمع ثلثة فلا يصدق فى اقل منه للتيقن به (و) فى دراهم (ثلثة) بالاجماع اعتبار الادنى الجمع (و) فى (دراهم كثيرة عشرة) عند الامام لانها اقصى ما ينتهى اليه اسم الجمع (وعندهما نصاب) وهو مائتا درهم لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وعلى هذا الخلاف اذا قال على دنانير كثيرة عندهما ينصرف الى النصاب وعنه الى العشرة وكذا اذا قال على ثياب كثيرة فعنده عشرة وعندهما يلزمه ما يساوى مأتى درهم ولو قال على مال نفيس او كريم او خطير او جليل قال الناطفى لم اجده منصوصا عليه وكان الجرجانى يقول يلزمه مائتان (و) لو قال له على (كذا درهما لزم (درهم) لان كذا مبهم ودرهما تفسيرله وفى التتمة والذخيرة يلزمه درهمان لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان لان الواحد ليس بعدد وفى شرح المختار قيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا واقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون ولو ذكره بالخفض روى عن محمد يلزمه مائة ولو قال له على درهم عظيم يلزمه درهم واحد ولو قال على دريهم يلزمه درهم تام لان التصغير قد يذكر على سبيل الاستقلال فلا ينقص عن الوزن والمعتبر هو الوزن المعتاد فى كل زمان ومكان (و) لو قال بلا واوله على (كذا كذا) درهما لزم (احد عشر) درهما لان كذا كناية عن العددين بالاضافة وهو من احد عشر الى تسعة عشر فيحمل على الاقل لتيقنه وعند الشافعى يلزمه درهم (وان ثلث) اى قال بلا واوله على كذا كذا كذا درهما (فكذلك) اى يلزمه احد عشر ايضا لانه لا نظير له فى الفاظ العدد فحمل الاخير على التكرار او التأكيد (و) لو قال له على (كذ وكذا) بحرف العطف لزم (احد وعشرون) درهما لانه فصل بينهما بحرف العطف واقل ذلك من العدد المفسر احد وعشرون واكثره تسعة وتسعون فالاول يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه وعند الشافعى يلزمه درهمان (وان ثلث) لفظ كذا بالواو (زيد مائة) اى يلزمه مائة واحد وعشرون لانه اقل ما يعبر عنه بثلثة اعداد مع الواو (وان ربع) لفظ كذا مع تثليث الواو (زيد الف) على مائة واحد وعشرين لانه اقل ما يعبر عنه باربع اعداد مع الواو فيحمل على الاقل المتيقن دون الاكثر اذ الاصل فى الذمم البرأة ولو خمس يزاد عشرة آلاف ولو سدس يزاد مائة الف ولو سبع يزاد الف الف وكلما زاد عدد معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى كما فى البحر (وكذا كل مكيل وموزون) فى جميع ما ذكر من الصور (و بشرك فى عبد) يعنى اذا قال له شرك فى هذا العبد (فهو نصف عند ابى يوسف) لان الشرك بمعنى الشركة وهى تنبئ عن التسوية (وعند محمد يؤمر بالبيان) لان الشرك يجئ بمعنى النصيب وهو مجمل فعليه بيانه بما شاء وفى التسهيل والفتوى على قول ابى يوسف (وقوله على او قبلى اقرار بدين) اى لو قال له على او قال له قبلى فهو اقرار بدين لان على للوجود ولفظ قبلى يستعمل فى الضمان كما مر فى الكفالة وفى القدورى انه امانة والاول اصح كما فى الهداية وغيرها (فان وصل به) اى قال المقر بلا تراخ (هو وديعة صدق) لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيكون من قبيل ذكر المحل وارادة الحال مجازا فيصدق موصولا كما فى الهداية وغيرها وفى المنح ولكنه خلاف الظ فلا ينصرف اليه عند الاطلاق ويجوز تفسيره به متصلا لانه يحتمله مجازا (وان فصل لا) يصدق كالاستثناء والتخصيص (و) لو قال (عندى) لو قال (معى او) قال (فى بيتى او فى صندوقى او كيسى) فهو (اقرار بامانة) لان هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل ان تكون مضمونة والامانة ادناهما فيحمل عليها وهذا لان كلمة عند للظرف ومع للقران وما عداهما لمكان معين فيكون من خصائص العين ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه فى هذه الاماكن كما فى المنح (ولو قال لمن ادعى الفا اتزنها) امر معناه خذ بالوزن الواجب لك على وانما انث الضمير مع ان الالف من العدد اعتبارا للدراهم (او انتقدها او اجلنى بها او قد قضيتكها وابرأتنى منها او وهبتها لى او تصدقت بها على او احلتك بها فقد اقر) بالالف لان الهاء كناية عن المذكور فى الدعوى فى جميع ذلك فصار كانه اعاد المدعى فيكون اقرارا بها الا اذا تصادقا انه على سبيل الاستهزاء او شهد الشهود بذلك اما اذا ادعى انه قال مستهزءا لم تقبل منه (و بلا ضمير لا) اى لا يكون اقرارا بها كما اذا قال اتزن او انتقد لانه لا دليل ح على انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبتدأ فلا يلزمه شئ والاصل فيه ان الجواب ينتظم اعادة الخطاب لتقيد الكلام فكل ما يصلح جوابا ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا للبناء او يصلح لهما فانه يجعل ابتداء فان ذكرها الكناية يصلح جوابا لا ابتداء او اذا لم يذكر الهاء لا يصلح جوابا او يصلح جوابا وابتداء فلا يكون اقرارا بالشك وفى المحيط ولو قال لى عليك الف فقال نعم يكون اقرارا ولو اومى برأسه لا لان الاشارة لا تقوم مقام الكلام من غير الاخرس ولو قال رجل لاخر اعطنى ثوب عبدى هذا فقال نعم كان اقرارا منه بالعبد والثوب له ولو قال اعطنى سرج دابتى هذه

اوالجامها او افتح باب دارى او جصصها فقال نعم كان ذلك اقرارا لان كلمة نعم لا تستقل فلا بد من حملها على الجواب كيلا يصير لغوا وفى المنح رجل قال لغيره اقرضتك مائة درهم فقال لا اعود بها او قال لا اعود بعد ذلك فهو اقرار ولو قال ما استقرضت من احد سواك او قال من احد غيرك او قال ما استقرضت من احد قبلك او قال ما استقرضت من احد بعدك لم يكن اقرارا قال اليس لى عليك الف درهم فقال المخاطب فى جوابه بلى فهو اقرار له بالالف وان قال نعم لا يكون اقرارا وتمامه فيه فليراجع (ولو اقر بدين مؤجل وقال المقر له هو حال لزمه) اى المقر حال كون الدين (حالا) لانه اقر بحق على نفسه وادعى لنفسه حقا فيه فيصدق فى الاقرار بلا حجة دون الدعوى كما لو اقر بعبد فى يده انه لفلان استأجره منه فصدقه المقر له فى الملك لا الاجارة (وحلف المقر له على الاجل) لكونه منكرا وعند الشافعى فى قول واحد لزمه مؤجلا مع يمينه وفى التنوير بخلاف ما لو اقر بالدراهم السود فكذب به فى صفتها حيث يلزمه اى المقر ما اقر به فقط كاقرار الكفيل بدين مؤجل (ولو) قال له (على مائة ودرهم فالكل دراهم) فيلزمه مائة درهم ودرهم استحسانا عندنا لوقوع درهم تفسيرا للمائة المبهمة والقياس ان يرجع فى تفسير المائة اليه وهو قول الشافعى (وكذا كل ما يكال او يوزن) يعنى لو قال له على مائة وقفيز حنطة يلزمه مائة قفيز حنطة وقفيز حنطة (ولو) قال له (على مائة وثوب) او قال له (على مائة وثوبان لزمه تفسير المائة) فيلزمه ثوب واحد فى الاولى وثوبان فى الثانية بالاتفاق لانها مبهمة والثوب عطف عليها لا تفسير لها لان المعطوف لم يوضع لتفسير المعطوف عليه ولم يكن من قبيل الاكتفاء كما فى مائة ودرهم (وان قال) له على (مائة وثلثة اثواب (فالكل ثياب) فيلزمه اثواب فى الكل لانه ذكر عددين مبهمين وذكر عقيبهما تميزا بلا واو فينصرف اليهما لاستوائهما فى الحاجة الى تفسير كعدد واحد بالاقتران (ولو اقر بتمر فى قوصرة) وهى وعاء من الخوص وغيره ويقال وعاء للتمر منسوج من قصب وفى الجوهرة القوصرة بتشديد الراء وتخفيفها وعاء التمر يتخذ من قصب وانما سمى قوصرة مادام فيها التمر والا فهى زنبيل (لزماه) اى التمر والقوصرة معا لان غصب الشئ لا يتحقق بدون الظرف وكذا الطعام فى السفينة والجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة او من سفينة او من جوالق لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع (او) اقر (بخاتم لزمه الحلقة والفص) لاطلاق الاسم على جميع الاجزاء ولهذا يدخل الفص فى بيعه من غير تسمية (او) اقر (بسيف فالنصل) اى لزمه حديده (والجفن) اى غلافه (والحمايل) وهى علاقة السيف لان اسم السيف يطلق على الكل (او) اقر (بحجلة) بفتحتين (فالكسوة) اى لزمه الكسوة (والعيدان) لانطلاق الاسم على الكل عرفا لانه بيت مزين بالاسرة والثياب والستور وقيل بيت يتخذ من خشب وثياب اسمه خركاه واوتاق (وان) اقر (بدابة فى اصطبل لزمه الدابة فقط) عند الشيخين لان غصب الاصطبل لا يتحقق لعدم امكان النقل لكونه محلا للغير فلا يكون تابعا لها وعلى قياس قول محمد يضمنهما لان غصب غير المنقول يتحقق عنده وعلى هذا الطعام فى البيت (وان) اقر (بثوب فى منديل لزماه) لان المنديل ظرف للثوب (وكذا) ان اقر (بثوب فى ثوب) لزمه الظرف كالمظروف لان الاقرار بالمظروف لا يتحقق بدون ظرفه (وان) اقر (بثوب فى عشرة اثواب لزمه ثوب واحد وعند ابى يوسف) وهو قول الامام اولا لان كلمة فى تستعمل فى البين والوسط قال الله تعالى فادخلى فى عبادى بمعنى بين عبادى فوقع الشك فلم تثبت الظرفية ولان العشرة لا تكون ظرفا لواحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة فيحمل على بيان محله كما لو قال غصبت سرجا على فرس فانه اقرار بغصب سرج فيكون ذكر الفرس بيانا للمحل (و) لزمه (احد عشر عند محمد) لانه قد يجوز ان يلف الثوب النفيس فى عشرة اثواب فصار كقوله حنطة فى جوالق وفى التبيين ما قاله محمد منقوض بما اذا قال غصبت كرباسا فى عشرة اثواب حرير يلزمه الكل عنده مع انه ممتنع عرفا (ولو قال) له على (خمسة فى خمسة لزمه خمسة وان) وصلية (نوى الضرب) المصطلح عليه عند الحساب لان المقر به خمسة مضروبة والخمسة اذا ضربت بخمسة تكثر اجزاؤها لا ان عينها يكثر ويبلغ خمسة وعشرين وقال زفر عشرة وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون كما فى الاصلاح (وبنية مع لزمه عشرة) اى لو قال له اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة بالاتفاق اذ اللفظ يحتمله (وفى قوله على من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة يلزمه تسعة) فيهما عند الامام لان الغاية لا تدخل تحت المغيا لكن الاولى تدخل هنا بالضرورة لان الدرهم الثانى والثالث لا يتحقق بدون الاول (وعندهما) والائمة الثلاثة يلزمه (عشرة) لان الغاية لا بد ان تكون موجودة اذ المعدوم لا يصلح ان يكون حد الموجود فوجوده بوجوبه فتدخل الغايتان وعند زفر يلزمه ثمانية وهو اعتبر الحدين خارجين وهو القياس لان بعض الغايات يدخل وبعضها لا فلا يدخل بالشك (وان قال له من دارى ما بين هذا الجدار الى هذا الجدار فله ما بينهما فقط بالاجماع او وجوده بلا انضمام شئ بخلاف قوله على ما بين الواحد الى العشرة

اذليس للبين وجود مستقل لتوقفه على الواحد فظهر الفرق بينهما (وصح الاقرار بالحمل) المحتمل وجوده وقت
الاقرار بان اقر بحمل جارية اوشاة لرجل يصح اقراره بالاتفاق بلا بيان سببه (وحمل على الوصية من غيره) بانه ان يوصى
زيد بحمل جاريته اوشاته لبكر ومات واقر وارثه بان هذا الحمل لبكر (و) صح الاقرار (للحمل ان بين) المقر (سببا صالحا)
يتصور للحمل (كارث) بان قال ان مورث الحمل مات فورثه الحمل واستهلكت من ماله المورث الفا مثلا (اووصية) بان قال
ان مورثى اوصى فى حيوته بحمل فلانة الفا مثلا لانه بين سببا صالحا فى الصورتين وهو الارث والوصية (فان ولدت)
الحامل ولدا (حيا لاقل من نصف حول مذ اقر فله) اى للحمل (ما اقر به) المقر لانه كان موجودا وقت الاقرار بيقين
(وان) ولدت ولدين (حيين فلهما) اى فالمال بينهما على السوية ان كانا ذكرين اوانثيين وان كان احدهما ذكرا
والاخر انثى فكذلك فى الوصية وفى الارث للذكر مثل حظ الانثيين وفى القهستانى وفيه اشارة الى ان الام
لوكانت معتدة فولدت لاقل من سنتين من موت احدهما استحق الولد ما اقر لانه كان فى البطن والى انه لولم تكن
معتدة بل ذات زوج فولدت لاكثر من ستة اشهر لم يستحق (وان) ولدت ولدا (ميتا فللموصى والمورث) اى
يرد المال الى ورثة الموصى والمورث لان هذا الاقرار فى الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد ولادته ولم ينتقل فيكون
لورثتهما (وان فسر ببيع واقراض) اى ان فسر المقر الاقرار بسبب غير صالح بان قال انه باع منى هذه الدار بكذا
اواقرضنى اووهب منى كذا لايلزمه شئ اذ لايتصور شئ منه من الجنين (اوابهم) المقر (الاقرار) بلا بيان سبب اصلا
بان قال على لحمل فلانة كذا (لغا) اى يكون اقراره لغوا فلا يلزمه شئ ايضا عند ابى يوسف لان وجوه فساده اكثر كالبيع
والشراء والاقراض والهبة من وجوه جوازه كالارث والوصية مع ان الحمل على الجواز متعذر اذ الجمع بينهما
غير متصور وليس احدهما بان يعتبر سببا اولى من الآخر فتعين الفساد خلافا لمحمد لان الاقرار من الحجج فيجب
اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح وفى التنوير والاقرار للرضيع صحيح وان بين سببا غير صالح منه حقيقة
كالاقراض (وان اقر بشرط الخيار) بان قال له على الف درهم قرض اوغصب اوعارية قائمة اومستهلكة
على انى بالخيار ثلاثة ايام (لزمه المال وبطل الشرط) لان الاقرار اخبار والاخبار لايقبل الخيار وزاد
صاحب المنح قوله وان صدق المقر له لاعبرة بتصديقه الا ان اقر بعقد بيع وقع بالخيار له فانه يصح الاقرار ويثبت
الخيار اذا صدقه المقر له اواقام عليه بينة الا ان يكذبه المقر له فلا يثبت الخيار وكان القول قول المقر له كاقراره
بدين بسبب كفالة على انه بالخيار فى مدة ولو كانت طويلة فانه يجوز ان صدقه المقر له وفى الغرر اشهد على الف
فى مجلس واخر ان فى آخر لزم الفان الا من بكتابة الاقرار احد الورثة اقر بالدين قيل يلزمه كله وقيل حصته
لكن الفتوى فى زماننا بالاول وفى التنوير اقر ثم ادعى المقر انه كاذب فى الاقرار يحلف المقر له انه لم يكن كاذبا عند ابى يوسف
وبه يفتى وسيأتى ان شاء الله تعالى فى مسائل شتى وكذا الوادعى وارث المقر وان كانت الدعوى على ورثة المقر له
فاليمين عليهم بالعلم انا لانعلم انه كان كاذبا وفى المنح اذا قال ذو اليد ليس هذا لى اوليس ملكى اولا حق لى فيه
اوليس فيه حق اوما كان لى اونحو ذلك ولا منازع له حين ما قال ثم ادعى ذلك احد فقال ذو اليد هو لى صح ذلك منه
والقول قوله وهذا التناقض لايمنع اقر لرجل بعين لا يملكه صح اقراره حتى لو ملكه يوما من الدهر يؤمر بالتسليم الى
المقر له طلب الصلح عن الدعوى يكون اقرارا وطلب الصلح عن المدعى يكون اقرارا ابرأنى عن الدعوى ليس باقرار
ابرأنى عن هذا المال اقرار الاقرار بشئ مع بط وتمامه فيه فليطالع (* باب الاستثناء وما فى معناه *) لما ذكر موجب الاقرار
بلا تغير شرع فى بيان موجبه مع الغير وهو الاستثناء وما فى معناه فى كونه مغيرا للسابق كالشرط ونحوه والاستثناء تكلم
بالباقى بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ونفى باعتبار الاجزاء هذا عندنا وعند الشافعى اخراج بعد الدخول
بطريق المعارضة وهذا مشكل فان الاستثناء جائز فى الطلاق والعتاق ولو كان اخراجا لما صح لانهما لايحتملان
الرجوع والرفع بعد الوقوع كما فى التبيين وشرط فى الاستثناء الاتصال بالمستثنى منه الا اذا انفصل عند ضرورة
نفس اوسعال اواخذ فم فانه لايقطع الاتصال كما فى الطلاق والنداء بينهما لايضر كقوله لك على الف درهم
يا فلان الا عشرة بخلاف لك الف فاشهدوا الا كذا ونحوه مما يعد فاصلا فان الاستثناء لا يصح معه كما فى المنح
وفيه اشارة الى انه لو استثنى منفصلا عن اقراره لايصح لانه يؤدى الى الرجوع عن الاقرار والرجوع عنه غير جائز
مطلقا فيلزمه ما اقر (صح استثناء بعض ما اقر به لو) كان الاستثناء (متصلا) باقراره (ولزمه باقيه) لان الاستثناء مع الجملة
اى الصدر عبارة عن الباقى لان معنى قوله على عشرة الا درهما معنى قوله على تسعة سواء استثنى الاقل اوالاكثر وهو
قول للاكثر لورودهما فى كلام الله تعالى وهو المذهب كما فى التبيين وقال الفراء استثناء الاكثر لايجوز لان العرب لم تتكلم
بذلك وهو مذهب زفر وفى النهاية ولا فرق بين استثناء الاقل اوالاكثر وان لم تتكلم به العرب ولا يمنع صحته اذا كان

باب الاستثنا

موافقا

موافقا لطريقهم كاستثناء الكسور ولم تتكلم به العرب وهو الصحيح ولا فرق بين ان يكون الاستثناء مما
لا يقسم اومما يقسم حتى اذا قال هذا العبد لفلان الا ثلثه اوقال الا ثلثيه صح (وبطل استثناء الكل) وان ذكره
موصولا فيلزمه كله لانه لايكون بيانا لكلامه بل يكون رجوعا عن اقراره وذا غير جائز كما فى اكثر المعتبرات وقال
صاحب المنح مقتضى هذا الكلام صحة استثناء الكل من الكل فيما يقبل الرجوع وليس كذلك وعن هذا قال
فى تنويره والاستثناء المستغرق بط ولو فيما يقبل الرجوع كوصية ان كان بلفظ الصدر اومساوية وان بغيرهما
كعبيدى احرار الا هؤلاء اوالا سالما وغانما وراشدا وهم الكل صح الاستثناء وتفصيله ما مر فى الطلاق وفى شرح المجمع
ان استثناء الكل من الكل انما يبطل اذا كان بعين لفظ المستثنى منه واما اذا كان بغيره فصحيح كما لو قال ثلث مالى لزيد
الا الفا وثلث ماله الف فيصح الاستثناء ولا يكون لزيد شئ كما مر فى الطلاق وفى الجوهرة واختلفوا فى استثناء
الكل فقال بعضهم هو رجوع لانه يبطل كل الكلام وقال بعضهم هو استثناء فاسد وليس برجوع
وهو الصحيح انتهى (وان اقر بشيئين واستثنى احدهما اواحدهما وبعض الآخر بطل استثناؤه) يعنى لو قال
له على كر حنطة وكر شعير الا كر حنطة وقفيز شعير فاستثناء كر وقفيز بط عند الامام (خلافا لهما) اى قالا يصح
استثناء القفيز لانه كلام متصل لان قوله الا كر حنطة استثناء صحيح لفظا الا انه غير مفيد واذا كان كلاما
متصلا كان استثناء القفيز متصلا فيصح وله ان استثناء الكر باطل اجماعا فكان لغوا فكان قاطعا للكلام الاول فيكون
الاستثناء منقطعا وانما صورناها بتقديم الكر لانه لو قدم القفيز بان قال الا قفيز شعير وكر حنطة يصح استثناء القفيز
اتفاقا لعدم الفاصل كما فى شرح المجمع وغيره فعلى هذا اطلاق المص ليس بمحله بل يلزم التفصيل تأمل (وان استثنى
بعض احدهما) بان قال له على كر حنطة وكر شعير الا قفيز حنطة او الا قفيز شعير (او بعض كل منهما) بان قال له على
كر حنطة وكر شعير الا قفيز حنطة وقفيز شعير (صح اتفاقا) فى الصورتين لعدم تخلل القاطع فى الاولى
وفى الثانية ان قوله الا قفيز حنطة استثناء صحيح مفيد فلا يكون قاطعا فصح العطف عليه فيلزمه كر حنطة وكر شعير
الا قفيز حنطة وقفيز شعير كما فى الاختيار (ولو استثنى كيليا او وزنيا اوعدديا متقاربا من دراهم) بان قال له على مائة
درهم الا قفيز برا والا دينارا اوالا مائة جوز (صح بالقيمة) استحسانا عند الشيخين ولزمه مائة درهم الا قيمة القفيز
اوالدينار اوالجوز لان الاستثناء اخراج البعض من المستثنى منه من حيث المعنى اذ المقدرات جنس واحد معنى ولو
اجناسا صورة لانها تثبت فى الذمة ثمنا فكانت جنسا واحدا فى حكم الثبوت فى الذمة والقياس ان لا يصح
هذا الاستثناء وهو قول محمد وزفر وعن هذا قال (خلافا لمحمد) لان الاستثناء اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على
معنى انه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر وهذا لا يتصور فى خلاف الجنس (ولو استثنى منها) اى من الدراهم
(شاة او ثوبا او دارا بطل اتفاقا) لان ذلك القدر لا يفيد الاتحاد الجنسى بل لابد من وصف الثمنية ولو معنى وقال مالك
والشافعى يجوز فى كل واحد من الكيلى والوزنى والعددى لتحقق المجانسة من حيث المالية فيطرح قدر
قيمة المستثنى ولزمه الباقى وفى التنوير واذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الاقل مخرجا نحو له على الف درهم
الا مائة او خمسين فيلزمه تسعمائة وخمسون على الاصح واذا كان المستثنى مجهولا يثبت الاكثر نحو له على مائة درهم
الا شيئا او قليلا او بعضا لزمه احد وخمسون وتمام المسئلتين فى شرحه فليطالع (ومن وصل باقراره ان شاء الله بطل
اقراره) لان التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال عند محمد فبطل قبل انعقاده للحكم وتعليق بشرط لا يوقف عليه عند
ابى يوسف فكان اعداما من الاصل كما فى الدرر وغيره لكن فى العناية خلافه لانه قال ومن قال لفلان على مائة درهم
ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال كما هو مذهب ابى يوسف او تعليق كما هو
مذهب محمد كما قررناه فى الطلاق فتلزم المنافاة الا ان يحمل على اختلاف الروايتين (وكذا ان علقه بمشيئة من
لا تعرف مشيئته كالملائكة والجن) ان شاء الجن والملائكة لانه لا تعرف مشيئتهم فلا يقع عليه شئ لان الاصل
براءة الذمم فلا يثبت بالشك وفى البحر وكذا بمشيئة فلان وان شاء وكذا كل اقرار علق بشرط على خطر ولم يتضمن
دعوى اجل كان حلفت فلك ما ادعيت به وان بشرط كائن فتنجيز كعلى الف درهم ان مت لزمه قبل الموت وان
تضمن دعوى الاجل كاذا جاء رأس الشهر فلك على كذا لزمه للحال ويستحلف المقر له فى الاجل (ولو اقر بدار
واستثنى بناءها) بان قال هذه الدار لزيد والبناء لنفسى (كانا) اى الدار والبناء جميعا (للمقر له) لان البناء داخل
فى الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف فى اللفظ فلم يصح بخلاف استثناء البيت من الدار كاستثناء ثلثها لان
اجزاء الدار داخلة تحت الدار فصح استثناؤه وعند الائمة الثلاثة يصح استثناء البناء منها (ولو قال) المقر (بناؤها لى
والعرصة) اى البقعة (له كان) الحكم او الاقرار (كما قال) بان يكون البناء له والعرصة للمقر له لان العرصة عبارة

عن البقعة دون البناء فصار كانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لى وارضها لفلان حيث يكون له البناء ايضا لان الارض كالدار فيتبعها البناء بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لزيد والارض لعمرو حيث يكون لكل منهما ما اقر له به (وفص الخاتم ونخل البستان كبنائها) وكذا طوق الجارية لان دخول الفص فى الخاتم بالتبعية وكذا دخول النخل فى البستان فلا يصح الاستثناء بخلاف ما لو قال الحلقة لفلان والفص لى او الارض له والنخل لى يصح (وان قال له على الف) درهم (من ثمن عبد) اشتريته منه (لم اقبضه) اى العبد الجملة صفة عبد (فان عينه) اى المقر العبد بان ذكر عبدا بعينه وصدقه المقر له فى شرائه وعدم قبضه (قيل للمقر له سلم) العبد الى المقر (وتسلم) امر من التفعل اى خذ ثمنه منه (ان شئت) فان سلم المقر له العبد المعين بان يحضره بين يديه يلزم على المقر الف بهذا القيد لانه اقر له بالف على صفة فيلزمه على الصفة التى اقر بها وان لم يسلم العبد الى المقر لا يلزمه الف اجماعا وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرهنا والثانى ان يقول المقر له القن قنك ما بعته وانما بعتك قنا غيره والحكم فيه كالاول والثالث ان يقول القن قنى ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم على المقر شئ والرابع ان يقول القن قنى ما بعتكه وانما بعتك غيره وحكمه ان يتحالفا لانهما اختلفا فى المبيع وهو يوجب التحالف وتمامه فى الدرر فليراجع (وان لم يعينه) اى المقر العبد ولم يصدقه المقر له فى عدم قبضه (لزمه) اى المقر (الالف ولغا قوله لم اقبضه) عند الامام لانه رجوع بعد الاقرار فلا يصح لا موصولا ولا مفصولا وبه قال زفر والحسن وعندهما ان وصل صدق ولا يلزمه شئ وان فصل فان انكر المقر له سبب الوجوب لم يصدق وان صدقه المقر له لانه بيان تغيير فيصح موصولا لا مفصولا وبه قالت الائمة الثلاثة (ولو قال له على الف (من ثمن خمر او خنزير لا يصدق) عند الامام وصل او فصل ولزمه الالف (وعندهما) والائمة الثلاثة (ان وصل صدق) فى المسئلتين ولا يلزمه الالف على ما مر آنفا ولو قال له على الف وهو حرام او ربوا فهى لازمة له لاحتمال ان يكون هذا حلالا عند غيره ولو قال زورا او باطلا ان صدقه المقر له فلا شئ عليه وان كذبه لزمه كما فى التبيين (ولو قال له على الف (من ثمن متاع او اقرضنى وهى) اى الالف (زيوف او نبهرجة) او ستوقة او رصاص (لزمه) الجياد لان البيع او القرض يقع على الجياد فلا يجوز التفسير بضدها هذا عند الامام لانه رجوع عن اقراره وصل او فصل (وقالا يلزمه ما قال ان وصل) لما مر من انه بيان تغيير فيصدق موصولا لا مفصولا وبه قالت الائمة الثلاثة (وان قال له) على الف (من غصب او وديعة وهى زيوف او نبهرجة صدق) اتفاقا وصل او فصل فيلزمه ما اقر به لان الغصب لا يقتضى السلامة وكذا الوديعة لان الشخص يغصب بما يجده ويودع بما يملكه فلا يكون رجوعا بل بيانا للنوع فصدق مطلقا (ولو قال له) على الف من غصب او وديعة (وهى ستوقة او رصاص فان وصل صدق) لانه بيان تغيير (والا فلا) اى وان فصل لا يصدق لانهما ليسا من جنس الدراهم الا ان اسم الدراهم يتناولهما بطريق المجاز فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل (ولو قال غصبت ثوبا وجاء بمعيب) اى بثوب معيب (صدق) المقر مع الحلف ان لم يثبت الخصم سلامته لما مر ان الغصب غير مختص بالسليم كالوديعة (ولو قال) له (على الف الا انه ينقص مائة صدق ان وصل والا لزم الالف) لما مر ان الاستثناء يجوز متصلا لا منفصلا (ولو قال) المقر (اخذت منك الفا وديعة فهلكت) فى يدى من غير تعد وقال المقر له) بل (اخذتها) منى حال كونها (غصبا ضمن) المقر ما اقر باخذه له لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم انه ادعى ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والاخر ينكر فالقول قوله مع يمينه بخلاف ما اذا قال له المقر له بل اخذتها قرضا حيث يكون القول للمقر لانهما تصادقا على ان الاخذ حصل باذنه وهذا لا يوجب الضمان على الاخذ الا باعتبار عقد الضمان فالمالك يدعى عليه العقد وذلك ينكر فالقول قول المنكر (ولو قال) المقر (بل اخذت اعطيتنى لا يضمن) المقر لانه لم يقر بما يوجب الضمان بل اقر بالاعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعى عليه سبب الضمان وهو ينكر فالقول قوله (ولو قال غصبت هذا الشئ من زيد لا بل من عمرو فهو) اى الشئ (لزيد وعليه) اى المقر (قيمته لعمرو) لان قوله من زيد اقرار له ثم قوله لا رجوع عنه فلا يقبل وقوله بل لعمرو اقرار منه لعمرو وقد استهلكه بالاقرار لزيد فيجب عليه قيمته لعمرو ولو قال له على الف لا بل الفان يلزمه الفان استحسانا وفى القياس يلزمه ثلثة آلاف وهو قول زفر ولو قال غصبته عبدا اسود لا بل ابيض لزمه عبد ابيض ولو قال غصبته ثوبا هرويا لا بل مرويا لزماه وكذا له على كر حنطة لا بل كر شعير لزماه ولو قال لفلان على الف درهم لا بل لفلان لزمه المالان ولو قال له على الف لا بل خمسمائة لزمه الالف والاصل فى ذلك ان لا بل متى تخللت دين المالين من جنسين لزماه وكذلك من جنس واحد اذا كان المقر له اثنين فاذا كان واحدا والجنس واحدا لزم اكثر المالين وتمامه فى الاختيار فليراجع وفى التنوير ولو قال الدين الذى لى على فلان لفلان او الوديعة التى عند فلان هى لفلان

فهو اقرار له وحق القبض للمقر ولكن لو سلم الى المقر له برئ (ولو قال) لاخر (هذا) الشئ كان لى وديعة عندك (فاخذته وقال الاخر هو لى دفع اليه) اى الى الاخر لان المقر اقر باليد له ثم بالاخذ منه وهو سبب الضمان ثم ادعى استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه فوجب عليه رد عينه قائما وقيمته هالكا ثم يقيم البينة على صدق دعواه ان قدر (وان قال آجرت فرسى او ثوبى هذا فلانا فركبه) اى الفرس (او لبسه) اى الثوب (ورده) اى رد الفرس او الثوب (على) وقال فلان بل هما لى (او اعرته او اسكنته دارى ثم ردها) اى الدار (على صدق) يعنى القول قول المقر فى ذلك عند الامام استحسانا لان اليد فى الاجارة والاعارة تثبت ضرورة استيفاء المنافع فيكون اليد عدما فيما عدا الضرورة فالاقرار له باليد لا يكون مطلقا بخلاف الوديعة والقرض لان اليد فيهما مقصودة فيكون الاقرار بهما اقرارا لهما باليد (وعندهما) وعند الائمة الثلاثة (القول) مع يمينه (للمأخوذ منه) وهو القياس لان المقر اعترف بيد المقر له ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل اقراره له دون دعواه عليه فيجب عليه الرد ثم يقيم على صدق دعواه بينة ان قدر (ولو قال) لاخر (خاط ثوبى هذا بكذا ثم قبضته منه) وادعاه الاخر اى قال الثوب ثوبى (فعلى هذا الخلاف) اى يصدق القابض عند الامام لا عندهما (فى الصحيح) احتراز عن قول بعضهم ان القول قول المقر بالاجماع وفى الاسرار الاختلاف اذا لم يكن الدابة او الثياب معروفة للمقر ولو كانت معروفة كان القول قوله وفاقا (ولو قال له اقتضيت) اى قبضت (من فلان الفا كانت لى عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر فلان فالقول له) فله ان يأخذها منه وهذا اظهر لان القابض قد اقر بانه ملكه وانه اخذه منه اقتضاء بحقه وهو مضمون عليه اذ الديون تقضى بامثالها فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى عليه ما يبرئه من الضمان وهو تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والاخر ينكره فالقول للمنكر (ولو قال زرع فلان هذا الزرع او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم لى استعنت به) اى بفلان (فيه) اى فى الزرع او البناء او الغرس وذلك كله فى يد المقر (وادعى فلان ذلك) اى قال الملك ملكى وفعلت ذلك لنفسى لا بالاعانة لك ولا باجر منك كما زعمت (فالقول للمقر) لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك فى ملك فى يد المقر وصار كما قال خاط لى الخياط قميصى هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا فى يد المقر كذا هذا ولو قال ان هذا اللبن او هذا السمن او هذا الجبن من بقرة فلان او هذا الصوف من غنمه او هذا التمر من نخلته وادعى فلان انه له امر بالدفع اليه لان الاقرار بملك الشئ اقرار بما يتولد منه لانه يملك بملك الاصل كما فى التبيين

(* باب اقرار المريض *)

افرده فى باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخره لان المرض بعد الصحة (دين صحته) اى المريض (وما لزمه) اى المريض (فى مرضه) اى فى مرض الموت (بسبب معروف) كبدل ما ملكه بالاستقراض او بالشراء وعاينهما الشهود واهلاك مالا او تزوج بمهر مثلها وعاينهما الناس (سواء) لانه لما علم سببه انتفى التهمة فى الاقرار به فصار كالدين الثابت بالبينة فى مرضه (ويقدمان) اى دين الصحة وما لزمه فى مرضه بسبب معروف (على ما اقر به فى مرضه) ولو كان المقر به وديعة كما فى البحر هذا عندنا وعند الائمة الثلاثة الدينان سواء لانه اقرار لا تهمة فيه لانه صادر عن عقل والذمة قابلة للحقوق فى الحالين ولنا ان حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت فى اول مرضه لانه عجز عن قضائه عن مال آخر فالاقرار فيه صادف حق غرماء الصحة فكان محجورا عنه ومدفوعا به (والكل) اى كل واحد من دين الصحة ودين المرض بسبب معلوم ودين المرض الثابت بمجرد الاقرار فالكل افرادى فانه اكثر استعمالا كما فى القهستانى (مقدم على الارث) وان احاط الديون المذكورة جميع ماله والقياس ان لا ينفذ الا من الثلث لكن ترك بالاثر وهو قول ابن عمر رضى الله عنهما اذا اقر المريض بدين جاز ذلك فى جميع تركته والاثر فى مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يترك بالقياس فصار المقر له اولى من الورثة ولان قضاء دينه من حوائجه الاصلية كتكفينه (ولا يصح تخصيصه) اى المريض (غريما) من الغرماء (بقضاء دينه) اى ليس للمريض ان يقضى دين بعض الغرماء دون بعض ولو اعطاء مهر وايفاء اجرة لان فيه ابطال حق الباقين الا اذا قضى ما استقرض فى مرضه او نقد ثمن ما اشترى فيه وقد علم ذلك بالبينة بخلاف ما اذا لم يؤد حتى مات فان البائع اسوة للغرماء اذا لم تكن العين فى يده واذا اقر بدين ثم بدين تحاصا وصل او فصل ولو اقر بدين ثم بوديعة تحاصا وعلى القلب الوديعة اولى واقراره ببيع عبده فى صحته وقبض الثمن مع دعوى المشترى ذلك صحيح فى البيع دون قبض الثمن الا بقدر الثلث بخلاف اقراره بان هذا العبد لفلان فانه كالدين ولو اقر بقبض دينه ان كان دين الصحة يصح مطلقا سواء كان عليه دين الصحة اولا وان كان دين المرض ان كان عليه دين الصحة لا يصح والا ينفذ من الثلث الا فى اقراره باستيفاء بدل الكتابة

لنافذ كما فى البحر وابراؤه مديونه وهو مديون غير جائز ان كان اجنبيا وان كان وارثا فلا يجوز مطلقا وقوله لم يكن لى على هذا المطلوب شئ صحيح قضاء لاديانة كما فى التنوير و فى المنح قالت فيه ليس لى على زوجى مهر اوقال فيه لم يكن لى على فلان شئ ليس لورثته ان يدعوا عليه شيئا فى القضاء وفى الديانة لايجوز هذا الاقرار ولو اقر الابن فيه انه ليس له على والده شئ من تركة امه صح بخلاف مالو ابرأه اووهبه وكذا لو اقر بقبض ماله منه وتمامه فيه فليطالع (ولا) يصح (اقراره) اى المريض بدين اوعين (لوارثه) عند اقراره وعند الشافعى فى القول الاصح يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه فصار كالاقرار لاجنبى و بوارث آخر و بوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لاوصية للوارث ولااقرار له بالدين لانه ضرر لبقية الورثة (الاان يصدقه) اى المريض (بقية الورثة) لان عدم الصحة كان لحقهم فاذا صدقوه فقد اقروا بتقدمه عليهم فيلزمهم وكذا لو كان له دين على وارثه فاقر بقبضه لايصح الاان يصدقه البقية وكذا لو رجع فيما وهبه منه فى مرضه اوقبض ماغصبه منه اورهنه عنده او استرد المبيع فى البيع الفاسد وكذا لايجوز ذلك لعبد وارثه ولا مكاتبه لانه يقع لمولاه ملكا اوحقا ولو صدرت هذه الاشياء منه للوارث وهو مريض ثم برئ ثم مات جاز ذلك كله لانه لم يكن مرض الموت فلم يتعلق به حق الورثة كما فى الاختيار وفى التنوير اقر فيه لوارثه يؤمر فى الحال بتسليمه الى الوارث فاذا مات يرده وفى القنية تصرفات المريض نافذة وانما تنقض بعد الموت (وان اقر) المريض (لاجنبى صح) لعدم التهمة (وان) وصلية (احاط) اقراره اى استغرق بماله) لما بينا (وان اقر) المريض (لاجنبى ثم اقر انه ابنه ثبت نسبه) لان النسب من الحوايج الاصلية ولاتهمة فيه (و بطل (اقراره) لان دعوة النسب تستند الى زمان العلوق فيظهر ان البنوة ثابتة زمان الاقرار فبطل الاعند الشافعى فى الاصح ومالك لايبطل اذا لم يتهم (وان اقر) المريض (لاجنبية) اى لامرأة اجنبية (ثم تزوجها لايبطل اقراره) لها وقال زفر يبطل لانها وارثة عند الموت فتحصل التهمة ولنا انه اقر وليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده ولهذا قال فى البحر وغيره والعبرة لكونه وارثا وقت الموت لاوقت الاقرار الا اذا صار وارثا بسبب جديد كالتزويج وعقد الموالاة و فى التنوير بخلاف اقراره لاخيه المحجوب اذا زال حجبه وصار غير محجوب فانه يبطل اقر فيه انه كان له على ابنته الميتة عشرة قد استوفيتها وللمقر ابن ينكر ذلك صح اقراره كما لو اقر لامرأته فى مرض موته بدين ثم ماتت قبله وترك وارثا وقيل لايصح (ولو اوصى لها) اى لاجنبية (ثم تزوجها بطلت) الوصيه لانها تمليك مضافا الى مابعد الموت وهى وارثة فى هذا الوقت فتبطل (ولووهبها) اى لاجنبية شيئا (ثم تزوجها فلارجوع) هذا مخالف لعامة المتون و الشروح قالوا فى هذا المحل ان الهبة المذكورة باطلة كالوصية لان الهبة فى المرض وصية فعلى هذا لوقال ولواوصى لها اووهبها ثم تزوجها بطلت لكان اخصر واولى والعجب من المصنف قد نطق بالحق فى كتاب الوصايا حيث قال و تبطل هبة المريض ووصيته لاجنبية نكحها بعدها وغفل ههنا الاان يقال انه يمكن الجواب عن طرف المصنف بان المراد بقوله فلارجوع البطلان لانه اذا كانت الهبة باطلة لايجرى عليها الرجوع فذكر عدم الرجوع واراد البطلان وفى التنوير واو اقر لمن طلقها ثلثا فيه اى فى المرض فلها الاقل من الارث والدين هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلاسؤالها فلها الميراث بالغا مابلغ ولا يصح الاقرار لها (وان اقر) رجل (بغلام) اى ولد فيشمل البنت (مجهول النسب) فى بلد هو فيها وهو المراد من مجهول النسب فى كل موضع على مافى القنية لكن فى اكثر الكتب ان يجهل نسبه فى مولده فان عرف نسبه فيه فهو معروف النسب (يولد) صفة بعد صفة لغلام اوحال منه (مثله) اى مثل هذا الغلام (لمثله) اى لمثل هذا المريض بان يكون الرجل اكبر منه باثنتى عشرة سنة ونصف والمرأة اكبر منه بتسع سنين ونصف كما فى المضمرات (انه) اى ان هذا الغلام (ابنه وصدقه) اى المقر (الغلام) ان كان الغلام معبرا لانه فى يد نفسه بخلاف الصغير لانه فى يد غيره فينزل منزلة البهيمة فلم يعتبر هذا الشرط وعند الائمة الثلاثة بلاتصديقه ايضا يعتبر لو كان غير مكلف (ثبت نسبه) اى الغلام (منه) اى من المقر لان النسب من الحوايج الاصلية ولاتهمة فيه (ولو) كان المقر فى حالة الاقرار (مريضا وشاركه) الغلام (الورثة) المعروفة فى الميراث لانه صار كالوارث المعروف بثبوت نسبه منه (وصح اقرار الرجل بالوالدين والولد) بالشروط المتقدمة فى الابن لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير (والزوجة) اى صح اقراره بالزوجة بشرط خلوها عن زوج وعدته و بشرط ان لايكون تحت المقر اختها ولا اربع سواها (والمولى) اى صح اقراره بالمولى من جهة العتاقة ان لم يكن ولاؤه ثابتا من جهة غير المقر (وشرط تصديق هؤلاء) لان اقرار غيرهم لايلزمهم لان كلا منهم فى يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا فى يد المقر و هو لايعبر عن نفسه اوعبدا له فثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان

عبد الغيره يشترط تصديق مولاه لانه الحق له (وكذا) يصح (اقرار المرأة) بالوالدين والولد والزوج و المولى لما ذكرنا (لكن شرط فى اقرارها) اى المرأة (بالولد تصديق الزوج ايضا) كما ان تصديق الولد شرط لان الولد للفراش والحق له فاذا صدقها فقد اقر به هذا اذا كان لها زوج اوكانت معتدة منه وادعت ان الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقولها اما اذا لم يكن لها زوج ولاهى معتدة او كان لها زوج وادعت ان الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها (اوشهادة قابلة) بولادته منها لان قول القابلة حجة فى تعيين الولد (وصح تصديقهم بعد موت المقر) لبقاء النسب بعد الموت (الاتصديق الزوج بعد موتها) اى الزوجة لان تصديقه بعد موتها باطل عند الامام لانه لما ماتت زال النكاح بعلايق فى جانبه اذ يجوز له ان يتزوج اختها واربعا سواها ولايحل له ان يغسلها عندنا فالتصديق منه لايفيد شيئا ولو باعتبار ارث لانه معدوم وقت الاقرار لان التصديق اذا صح يستند الى وقت الاقرار فلايمكن اعتبار التصديق باعتبار ارث سيحدث بخلاف مااذا اقر بنكاح امرأة ومات فصدقته بعد موته لان علايق النكاح باقية بعد موته فى جانبها ولذا يحل لها ان تغسله لكونه مالكها حتى يبقى ملكه الى انقضاء العدة فلها المهر والارث منه وفاقا (وعندهما) والائمة الثلاثة (يصح ايضا) اى كما يصح تصديقهم بعد موت المقر لبقاء النكاح بعد موتها فى حق الارث والاقرار قائم والتكذيب منه لم يوجد فصح التصديق فى هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما فيرث منها ولهذا لو اقام البينة على النكاح بعد موتها تقبل (وان اقر) رجل (بنسب غير الولاد كاخ وعم لايثبت) النسب منه لان فيه حمل النسب على غيره فلا يجوز الا باقامة البينة الا فى حق نفس المقر حتى يلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا على ذلك الاقرار لان اقرارهما حجة عليهما (ويرثه) اى يرث هذا المقر له من ذلك المقر (ان لم يكن له) اى للمقر (وارث معروف ولو) كان (بعيدا) لانه مقر بشيئين بالنسب ففيه مقر على غيره فلا يجوز و باستحقاق ماله ففيه مقر على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم وان كان له وارث قريب او بعيد لايرث المقر له من المقر (ومن مات ابوه فاقر باخ) وهو يصدقه شاركه فى الارث ولا يثبت نسبه لان الميراث حقه فيقبل فيه قوله واما النسب ففى ثبوته تحميله على الغير فلايقبل فيه (ولوكان لابيهما الميت دين على شخص فاقر احدهما بقبض ابيه نصفه فالنصف الباقى للاخر ولاشئ للمقر) يعنى ان مات وترك ابنين وله على رجل مائة درهم مثلا فاقر احد الابنين ان اباه قبض منه نصفه وكذبه الاخر فلاشئ للمقر وللمكذب نصفه لانه اقر بالدين على الميت وكذبه اخوه فينفذ فى حقه خاصة فوجب على الميت خمسون على زعمه والدين مقدم على الميراث فاستغرق نصيبه وليس له ان يشارك اخاه فى الخمسين وان تصادقا على انه مشترك بينهما لانه لو رجع المقر على اخيه لرجع اخوه على الغريم بما بقى من الدين على زعمه ثم رجع الغريم على المقر بمازاد على خمسين مما اخذه من اخيه المكذب لان الوارث لايأخذ شيئا الابعد قضاء الدين فيؤدى الى الدور وقال صاحب الدرر فى غرره حرة اقرت بدين لاخر فكذبها زوجها صح فى حق زوجها عند الامام حتى تحبس وتلازم وعندهما لا لمجهولة النسب اقرت بارق لانسان ولها زوج واولاد منه وكذبها الزوج صح فى حق المرأة لافى حق الزوج وحق الاولاد حتى لايبطل النكاح واولاد حصلت قبل الاقرار ومافى بطنها وقت الاقرار احرار لمجهول النسب حرر عبده ثم اقر بارق لانسان وصدقه المقر له صح اقراره فى حقه حتى صار رقيقا له دون ابطال العتق حتى بقى معتقه فان مات العتيق يرثه وارثه ان كان له وارث والا فالمقر له فان مات المقر ثم العتيق فارثه لعصبة المقر

* كتاب الصلح * (وجه المناسبة فى ايراده بعد الاقرار ان انكار المقر سبب للخصومة وهى تستدعى الصلح هو لغة اسم بمعنى المصالحة وهى المسالمة خلاف المخاصمة واصله من الصلاح ضد الفساد وفى الشرع (هو) اى فى الصلح (عقد يرفع النزاع) من الطرفين وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وركنه الايجاب والقبول الموضوعان له كما فى الدرر وفى العناية الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وقال واما اذا وقع الدعوى فى الدراهم وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعى فعلت ولايحتاج فيه الى قبول المدعى عليه وشرطه العقل لاالبلوغ والحرية وصح من صبى مأذون ان عرى عن ضرر بين ومن عبد مأذون ومكاتب وشرط ايضا كون المصالح عليه معلوما ان كان يحتاج الى قبضه وكون المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ولوكان غير مال كالقصاص والتعزير معلوما كان المصالح عنه اومجهولا لايصح الصلح اوكان المصالح عنه مما لايجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة وحد القذف والكفالة بالنفس وحكمه وقوع البراءة عن الدعوى كما فى المنح والبحر (ويجوز) الصلح (مع اقرار) من المدعى عليه (وسكوت) منه بان لايقر ولاينكر (وانكار) وكل ذلك جائز عندنا لقوله تعالى والصلح خير عرفه باللام فالظاهر العموم ولقوله

عليه السلام الصلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما وحرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع الانكار والسكوت لانهما صلح احل حراما لانه اخذ المال بغير حق في زعم المدعي فكان رشوة وانما تأولنا واول مارويناه وتأويل آخر احل حراما لعينه كالخمر اوحرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة وفي العناية تفصيل فليراجع (فالاول) اى الصلح بالاقرار (كالبيع) في احكامه (ان وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي من غير جنسه ثم فرعه بقوله (فتثبت فيه الشفعة) اى تثبت الشفعة في الصلح عن عقار او على عقار كما تثبت في البيع فللشفيع حق المطالبة في كل منهما (والرد بالعيب) بان كان بدل الصلح عبدا مثلا فوجد المدعي فيه عيبا له ان يرده (وخيار الرؤية) بان لم ير المصالح ما وقع عليه الصلح وقت الصلح ثم رآه له الخيار فيه (والشرط) بان يصالح على شيء فشرط احدهما الخيار لنفسه لانه من احكام البيع (وتفسده) اى الصلح (جهالة البدل) اى الذي وقع عليه الصلح لانه بيع فصار كجهالة الثمن (لا) تفسده (جهالة المصالح عنه) لانه يسقط وجهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة خلافا للشافعي وفي العناية تفصيل فليطالع (وتشترط القدرة على تسليم البدل) لان القدرة عليه شرط في صحة الصلح ككون معلومية البدل شرطا في الصحة (وان استحق) في صلح مع اقرار (بعض المصالح عنه او) استحق (كله رجع) المدعى عليه على المدعي (بكل البدل او بعضه) صورته ادعى زيد دارا مثلا في يد عمرو فاقر عمرو وصالح زيدا على مائة درهم فصارت المائة في يد زيد والدار في يد عمرو ثم استحق نصف الدار مثلا او كلها يرجع عمرو على زيد بخمسين درهما في الاولى وبمائة درهم في الثانية وفي تحرير المص من اللف والنشر الغير المرتب واما تصوير صاحب الدرر في هذا المحل لا يوافق متنه بل الصواب ما صورناه تتبع (وان استحق بعض البدل او كله رجع) المدعي وهو زيد على المدعى عليه وهو عمرو (بكل المصالح عنه او بعضه) لان كل واحد منهما عوض عن الآخر فايهما اخذ منه بالاستحقاق رجع بما دفع ان كلا فبالكل وان بعضا فبالبعض (وان وقع) الصلح عن اقرار (عن مال بمنفعة اعتبر) هذا الصلح (اجارة) صورته ادعى على رجل شيئا فاعترف به ثم صالحه على سكنى داره سنة او على ركوب دابته معلومة او على لبس ثوبه او خدمة عبده او زراعة ارضه مدة معلومة فيكون معنى الاجارة لان العبرة للمعاني والاجارة تمليك المنفعة وهذا الصلح كذلك ثم فرعه بقوله (فيشترط فيه التوقيت) لكن هذا في الاجير الخاص بان ادعى شيئا فوقع الصلح على خدمة العبد او سكنى سنة وفيما عدا ذلك لا يشترط التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب او ركوب الدابة او حمل الطعام الى موضع كما في التبيين (ويبطل) الصلح (بموت احدهما) اى احد المتصالحين لانهما كالموجر والمستأجر وكذا يبطل بفوات المنفعة قبل الاستيفاء فيعود الى الدعوى ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة بطل بقدر ما بقي فيرجع في دعواه بقدره وهذا قول محمد وهو القياس لانه اجارة وهي تبطل بواحد من هذه الاشياء وقال ابو يوسف لا يبطل الصلح بموت المدعى عليه بل المدعي يستوفي المنفعة على حاله وان مات المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل فيما يتفاوت فيه كلبس الثياب وركوب الدابة (والاخيران) اى الصلح عن سكوت وانكار (معاوضة في حق المدعي) لانه يزعم ان ما اخذه كان عوضا عما يدعيه (وفداء اليمين وقطع المنازعة في حق الآخر) اى المدعى عليه لانه يزعم ان المدعي مفتر ومبطل في دعواه وانما دفع المال اليه لئلا يحلف ولتقطع الخصومة ويجوز ان يكون لشيء واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجبه الحل في المتناكحين والحرمة في اصولهما فيأخذ كل واحد منهما بما يزعم ثم فرعه بقوله (فلا شفعة في دار صولح عنها) اى الدار (مع احدهما) اى مع سكوت او انكار صورته ادعى رجل على آخر داره فسكت الآخر او انكر فصالح عنها بدفع شيء آخر لم تجب الشفعة لان المدعى عليه يأخذها على اصل حقه ويعطي المال دفعا للخصومة لانه يشتريها ولا يلزمه زعم المدعي لان المرء لا يؤخذ الا بزعمه (وتجب) الشفعة (في دار صولح عليها) اى على الدار فيما ادعى مالا على آخر فسكت او انكر فصالح بدفع الدار بدله لان المدعي يأخذها عوضا عن ماله فيؤخذ بزعمه (وما استحق من المدعى بعضا او كلا) في صورة الصلح مع سكوت او انكار (يرد المدعي) على المدعى عليه فيها (حصته) اى ما استحق (من البدل) لان المدعى عليه قد بذل العوض لدفع خصومة المدعي فبالاستحقاق ظهر عدم خصومة المدعي مع المدعى عليه فيرد ما اخذه في مقابلة الخصومة على المدعى عليه (ويرجع) المدعي (بالخصومة) مع المستحق (فيه) اى فيما استحقه بعضا كان او كلا (وما استحق من البدل بعضا) او كلا (يرجع المدعي الى دعواه في قدره) اى في قدر البدل اى رجع المدعي الى الدعوى في الكل ان استحق الكل وفي قدر المستحق ان استحق البعض لان المدعي لم يترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالمبدل بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع بان قال احدهما بعتك هذا الشيء بهذا وقال الآخر

اشتريت حيث رجع المشتري عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى كما في التبيين (وهلاك البدل) اى بدل الصلح (قبل التسليم) الى المدعي (كاستحقاقه) اى كاستحقاق بدل الصلح فيبطل به لان هلاك البدل في البيع يبطل البيع فكذا هذا هذا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين فان لم يكن كالنقدين لا يبطل بهلاكه في الفصلين اى في فصل الاقرار وفي فصل الانكار والسكوت ففي الاقرار يرجع بكله او بعضه وفي الانكار يرجع بالدعوى (ولو صالح على بعض دار يدعيها) يعني اذا ادعى رجل على آخر دارا فصالحه على قطعة معلومة منها (لا يصح) الصلح وهو على دعواه في الباقي لان البعض لا يصلح عوضا عن الكل للزوم ان يكون الشيء عوضا عن نفسه اذ البعض داخل في ضمن الكل ولان ما قبضه من عين حقه فيكون على طلبه في باقي الدار اذ الاسقاط لا يقع عن الاعيان لكونه مخصوصا بالديون (وحيلته) اى حيلة جواز هذا الصلح (ان يزيد) المدعى عليه (في البدل شيئا) فيصير الزائد عوضا عن الباقي (او يبرأ) بضم اوله وفتح ثالثه اى يبرأ المدعى عليه او بضم اوله وكسر ثالثه اى يبرأ المدعى عليه (عن دعوى الباقي) بان يقول المدعي ابرأتك او برئت من دعوى هذه الدار لان الابراء عن دعوى العين جائز كما في الشمني *) فصل (* يجوز الصلح عن مجهول) لانه اسقاط (ولا يجوز الا على معلوم) لانه تمليك فيؤدي الى المنازعة والصلح على اربعة اوجه معلوم على معلوم ومجهول على معلوم وهما جائزان ومجهول على مجهول ومعلوم على مجهول وهما فاسدان فالحاصل ان كل ما يحتاج الى قبضه لا بد ان يكون معلوما لان جهالته تفضي الى المنازعة وما لا يحتاج الى قبضه يكون اسقاطا فلا يحتاج الى علمه به فانه لا يفضي الى المنازعة وتمامه في العناية وغيرها فليطالع (فيجوز الصلح عن دعوى المال) لوجود معنى البيع فاجاز بيعه جاز صلحه مطلقا سواء كان عن اقرار او سكوت وانكار (و) عن دعوى (المنفعة) كان يدعي في دار سكنى سنة وصية من صاحبها فجحد الوارث او اقر فصالحه على مال او منفعة جاز لان اخذ العوض عنها بالاجارة جاز فكذا الصلح لكن انما يجوز عن المنفعة على المنفعة اذا كانتا مختلفتي الجنس بان يصالح عن السكنى على خدمة العبد مثلا واما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى مثلا فلا يجوز كما في الدرر وغيره وانما احتيج الى هذا التصوير لان الرواية محفوظة على انه لو ادعى استيجار عين والمالك ينكر ثم صالح لم يجز كما في السراج وغيره لكن في البحر ان الصلح عن دعوى المال مطلقا والمنفعة جائز كصلح المستأجر مع الموجر عند انكاره الاجارة او مقدار المدة المدعى بها والاجرة وكذا الورثة اذا صالحوا الموصى له بالخدمة على مال مطلقا والمنافع ان اختلف جنسها فانه يجوز لا ان اتحد انتهى (و) يصح الصلح عن دعوى (الجناية في النفس) من القتل (و) في (ما دونها) من نحو شج الرأس وقطع اليد (عمدا) كانت الجناية (او خطأ) اما العمد فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية اى من اعطي له بدل اخيه المقتول شيء بطريق الصلح واما الخطأ فلان موجبه المال فالصلح كان عن المال لكنه لا تصح الزيادة على قدر الدية والارش على اخذ مقادير الدية للربوا الا اذا قضى القاضي باخذ مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بزيادة جاز بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية وكذا على الاقل لانه لا موجب له في المال ولو وقع الصلح على غير مقاديرها جاز كيف ما كان لعدم الربوا لكن يشترط القبض في المجلس لئلا يخرج عن ان يكون دينا بدين (و) يصح الصلح ايضا (عن دعوى الرق) كما اذا ادعى على مجهول النسب انه عبده ثم تصالحا على شيء معين (وكان عتقا بمال) في حق المدعي وفي حق الآخر لدفع الخصومة لانه امكن تصحيحه بهذا الاعتبار فصح (ولا ولاء) له (عليه) لانكار العبد الا ان يقيم المدعي البينة بعد ذلك فتقبل في حق ثبوت الولاء عليه لا غير هذا اذا انكر العبد الرق اما اذا صالحه باقراره فيثبت الولاء (و) صح الصلح عن (دعوى الزوج) النكاح وكان خلعا مطلقا في زعمهما ان كان باقرار فتجب عليها العدة وان لم يكن باقرار يكون خلعا في زعمه ودفعا في زعمها ولا تلزم العدة عليها قضاء فان اقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل (ويحرم) اخذ المال (عليه) اى على المدعي (ديانة ان كان مبطلا) في دعواه وهذا عام في جميع انواع الصلح الا ان يسلمه بطيب نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة كما في العناية (ولو صالحها بمال لتقر له بالنكاح جاز) ويجعل زيادة في المهر لانها تزعم انها زوجت نفسها منه ابتداء بالمسمى وهو يزعم انه زاد في مهرها (ولا يجوز ان ادعته) اى النكاح (المرأة) هكذا في بعض نسخ القدوري وهو الصحيح صرح به الزاهدي ولذلك اختار المص ووجهه انه بذل لها المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح (وقيل يجوز) ووجهه ان يجعل بدل الصلح زيادة في مهرها (ولا) يصح الصلح (عن دعوى الحد) من الحدود فلو اخذ زانيا او سارقا او شارب خمر فصالحه على مال ان لا يرفعه اليه بطل الصلح فله ان يرجع بما دفع وكذا اذا اخذ قاذف المحصن او المحصنة

فصالحه لان الحدود حق الله تعالى لاحق المرافع والاعتياض عن حق الغير لايجوز كصلح واحد عن حق العامة كما اذا صالحه عما اشرعه الى الطريق نعم للامام ذلك اذا كان فيه صلاح المسلمين و يضع ذلك فى بيت المال (وان قتل عبدمأذون رجلا عمدا وصالح عن نفسه لايجوز) لان رقبته ليست من تجارته ولذا لايملك التصرف فيها بيعا فلا يملك استخلاصا بمال المولى الاان ولى القتل لايقتله بعد الصلح لانه عفاعنه ببدله ولايجب عليه البدل للحال و يتأخر الى ما بعد العتق بخلاف المكاتب حيث يجوز ان يصالح عن نفسه (بخلاف صلحه) اى المأذون (عن نفس عبدله) اى للمأذون (قتل رجلا عمدا) جاز صلحه لان تصرفه فى عبده من باب التجارة فيملك التصرف بيعا واستخلاصا (وان صالح) الغاصب (عن مغصوب تلف باكثر من قيمته) اى قيمة العبد قبل القضاء بالقيمة (جاز) يعنى ان من غصب ثوبا اوعبد اقيمته الف واستهلكه فصالحه على الفين جاز عند الامام (وقالا يبطل الفضل) من قيمته (ان كان مما لا يتغابن) الناس (فيه) لان حقه فى القيمة والزائد عليها ربوا وله ان حقه فى الهالك باق وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فاذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلايكون ربوا (و ان) صالح عنه (بعرض صح مطلقا) اى سواء كانت قيمته اكثر من قيمة المغصوب اولا (اتفاقا) لان الزيادة لاتظهر عند اختلاف الجنس وانما قلنا قبل القضاء لانه اذا قضى القاضى بالقيمة ثم صالحا باكثر من قيمته لايجوز اجماعا كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا لوقيد كما قيدنا لكان اولى قيد بكون الصلح على اكثر من قيمته بعد الاستهلاك اذلوكان قبله يجوز اتفاقا وكذا لوصالحه بغير جنسه يجوز اتفاقا وكذا لوصالح على طعام موصوف فى الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع كما فى العناية (وان اعتق موسر عبدا مشتركا) بينه و بين آخر (وصالح) الشريك (عن باقيه باكثر من نصف قيمته) اى العبد (بطل الفضل) بالاتفاق اما عندهما فظاهر والفرق للامام ان القيمة فى العتق منصوص عليه وتقدير الشرع لايكون دون تقدير القاضى فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ماتقدم لانها غير منصوص عليها (وان) صالحه (بعرض صح) كيف ما كان لما مر انه لايظهر الفضل عند اختلاف الجنس قيد المعتق بقوله موسرا اذلوكان معسرا لا تلزم عليه قيمة نصيب شريكه بل تلزم على العبد سعايته كما مر (و يجوز صلح المدعى بمال يدفعه الى المنكر ليقرله) بالعين صورته رجل ادعى عينا على رجل فى يده فانكره فصالحه على مال ليعترف له بالعين فانه يجوز و يكون فى حق المنكر كالبيع وفى حق المدعى كالزيادة فى الثمن كما فى الاختيار (و بدل الصلح عن دم عمدا وعلى بعض دين يدعيه) على آخر من المكيلات والموزونات (يلزم) اى البدل (الموكل لا الوكيل) لان الصلح عن القود معاوضة باسقاط الحق والصلح على بعض الدين اسقاط محض فالوكيل فيه سفير ومعبر فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح كما مر فى الوكالة (الاان ضمنه) اى الوكيل البدل فانه ح يكون مؤاخذا بعقد الضمان لابعقد الصلح والاستثناء منقطع (و بدل ما) اى بدل صلح (هو كبيع) بان كان الصلح عن مال بمال مع اقرار (يلزم) البدل (الوكيل) لا الموكل لان الوكيل فى المعاوضة المالية اصيل وفى المعاوضة الاسقاطية سفير قيدنا مع اقرار لانه اذا كان الصلح مع انكار لايجب البدل على الوكيل مطلقا كما فى البحر وما فى الاصلاح من ان كون البدل من غير جنس المصالح عنه ليس بشرط كيف والصلح عن فرس بفرس جائز مخالفا لما ذكر فى اول الكتاب وهو قوله صح مع اقرار كبيع ان وقع عن مال بمال من غير جنسه ثم قال فى تعليله لانه اذا كان من جنسه فهو حط وابراء اوقبض واستيفاء اوفضل وربوا تدبر (وان صالح فضولى) اى صالح رجل عن رجل آخر بلا امر (وضمن) الفضولى (البدل اواضاف الى ماله) اى الى مال نفسه بان قال صالحتك على الفى هذه اوعلى عبدى هذا (اواشار الى عرض اونقد بلا اضافة) بان قال صالحتك على هذا العبد اوعلى هذا الالف (اواطلق) بان قال صالحتك على الف (وسلم) القدر المصالح عليه الى المدعى (صح) الصلح اما اذا ضمن البدل فلان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفى حقها الاجنبى والمدعى عليه سواء و يجوز ان يكون الفضولى اصيلا اذا ضمن كالفضولى بالخلع اذا ضمن البدل واما اذا اضاف الى ماله فلانه بهذه الاضافة التزم التسليم الى المدعى وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه واما اذا اشار الى نقد اوعرض فلانه تعين للتسليم بشرط فيتم به الصلح واما اذا اطلق وسلم فلان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (وكان) الفضولى (متبرعا) لانه فعله بلااذن المدعى عليه (وان اطلق) اى صالحتك على الف (ولم يسلم توقف) اى صار الصلح موقوفا على الاجازة (فان اجازه المدعى عليه جاز) الصلح (ولزمه البدل) لالتزامه اياه باختياره هذا اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم انه ينفذ على المصالح ولم يتوقف الااذا لم يذكر البدل كما فى القهستانى (والا) اى وان لم يجزه (بطل) الصلح سواء كان المدعى عليه مقرا اولا والبدل عينا اودينا لان المصالح هنا وهو الفضولى لاولاية على المطلوب فلا ينفذ تصرفه عليه فيتوقف على اجازته وفى التنوير والخلع فى جميع ماذكرنا من الاحكام كالصلح ادعى وقفية ارض

على

على آخر ولابينة للمدعى على دعواه فصالحه المنكر لقطع الخصومة عنه جاز الصلح وطاب له لوصادقا وقيل لا كل صلح بعد صلح فالثانى باطل وكذا الصلح بعد الشراء اقام المدعى عليه بينة بعد الصلح عن انكار ان المدعى قال قبل الصلح ليس لى قبل فلان حق والصلح ماض على الصحة ولوقال المدعى بعده ما كان لى قبل المدعى عليه حق بطل الصلح والصلح عن الدعوى الفاسدة يصح وعن الباطلة لا وقيل اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح غير صحيح مطلقا و يصح الصلح بعد حلف المدعى عليه دفعا للنزاع باقامة البينة وقيل لاطلب الصلح والابراء من المدعى عليه عن الدعوى لايكون اقرارا بخلاف طلب الصلح والابراء عن المال صالح البائع مع المشترى عن عيب وظهر عدم ذلك العيب اوزال العيب بطل الصلح *) باب الصلح فى الدين (* وهو الذى ثبت فى الذمة (الصلح عما استحق بعقد المداينة) مثل البيع نسيئة ومثل الاقراض (على بعض جنسه) كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة (اخذ) خبر المبتدأ (لبعض حقه واسقاط لباقيه) لان تصحيح تصرف العاقل واجب ما امكن وقد امكن ذلك فيحمل عليه (لامعاوضة) لافضائه الى الربوا ثم فرعه بقوله (فلوصالح) المديون داينه (عن الف حال) فى ذمته (على مائة حالة) باسقاط مافضل هو تسعمائة (او) عن الف حال على (الف مؤجل) باسقاط وصف الحلول فقط هو حق له كالفضل (صح) الصلح (وكذا) صح لوصالح (عن الف جياد على مائة زيوف) باسقاط مافضل واسقاط وصف الجودة معا ولايشترط قبض البدل فى هذه الصور لكونه مداينة لامعاوضة (ولايصح) لوصالح (عن دراهم حالة على دنانير مؤجلة) الى شهر سواء عن اقرار وانكار لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير فتعينت المعاوضة و بيع الدراهم بالدنانير نسأ لايجوز لكونه صرفا (او) صالحه (عن الف مؤجل على نصفه حالا) فانه لايصح ايضا لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ماحط عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام (او) صالحه (عن الف سود) جمع اسود اى دراهم مضروبة من نقرة سوداء مغلوب بها الغش (على نصفه بيضا) لانه من دراهم سود لايستحق البيض فقط صالح على مالا يستحق بعقد المداينة وكان معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف مالوصالح على قدر الدين وهو اجود كما لوصالحه عن الف حال على الالف مؤجل اوصالحه عن الف بيض على الالف السود جاز بشرط قبضه فى المجلس لانه اذا كان الذى يستوفيه ادون من حقه قدرا و وصفا و وقتا او فى احدها فهو اسقاط و اذا كان ازيد منه فمعاوضة (ولوصالح عن الف درهم ومائة دينار على مائة درهم حالة او مؤجلة صح) لانه يجعل اسقاطا للدنانير كلها وللدراهم الا مائة وتأجيلا للمائة التى بقيت فلا يحمل على المعاوضة لان فيه فسادا (وان قال من له على آخر الف اد غدا نصفه) اى نصف الف (على انك برئ من باقيه ففعل) من عليه الالف ذلك بان قبل وادى اليه فى الغد النصف (برئ) عن نصف الباقى بالاتفاق (والا) اى وان لم يؤد غدا بالنصف (فلا يبرأ) عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه قال يبرء وان لم يؤد ولا يعود اليه النصف الساقط ابدا لانه ابراء مطلق لانه جعل الاداء عوضا عن الابراء نظرا الى كلمة على والاداء لايصلح ان يكون عوضا لوجوبه عليه فصار ذكره كعدمه ولهما انه ابراء مقيد بشرط الاداء وانه غرض صالح حذرا من افلاسه او يتوصل بها الى ماهو الانفع من تجارة رابحة اوقضاء دين اودفع حبس فاذا عدم الشرط بطل الابراء وكلمة على تحتمل الشرط فيحمل عليه عند تعذر المعاوضة تصحيحا للكلامه وعملا بالعرف وهذه المسئلة على وجوه الاول ماذكر والثانى قوله (وان قال صالحتك على نصفه على انك ان لم تدفع غدا النصف فالف عليك لايبرأ اذلم يدفع اجماعا) يعنى ان قبل وادى اليه النصف فى الغد برئ عن الباقى والا فالكل عليه بالاجماع لانه اتى بتصريح التقييد فاذا لم يوجد بطل والثالث قوله (وان قال ابرأتك من نصفه على ان تعطينى نصفه غدا برئ) جواب ان (من نصفه اعطى) النصف فى الغد (اولم يعط) لان الداين اطلق البراءة فى اول كلامه ثم ذكر الاداء الذى لايصلح عوضا فبقى احتمال كون الاداء شرطا وهو مشكوك هنا لكونه مذكورا مؤخرا عن البراءة فلم يتحقق كونه شرطا فبقى البراءة على الاطلاق فيصير الاداء وعدمه غير مفيد فى حق البراءة بخلاف الاداء فى الصورة الاولى لكونه مفيدا فى البراءة لذكره فى اول الكلام و بهذا التقرير اتضح الفرق بين الصورتين والرابع قوله (وكذا لوقال اد الى نصفه على انك برئ من باقيه ولم يوقت للاداء) وقتا فانه يصح الابراء بالاجماع ولايعود الدين فانه ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لايكون الاداء غرضا صحيحا لان الاداء واجب على المديون فى مطلق الازمان فلم يتقيد الابراء فحمل على المعاوضة ولايصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء فى الغد غرض صحيح كما فى الهداية والخامس قوله (ولوقال ان اديت الى نصفه فانت برئ اواذا اديت اومتى اديت) الى نصفه فانت برئ (لايصح الابراء وان) وصلية (ادى) نصفه لانه تعليق بالشرط صريحا والبراءة لاتحتمل التعليق بالشرط لما فيها من

باب الصلح فى الدين

معنى التمليك (ومن قال) اى المديون (سرالرب دينه لااقرلك حتى تؤخره) اى الدين (عنى اوتحط عنى) بعضه
(ففعل) رب الدين التأخير اوالحط (جاز) اى التاخير والحط لانه ليس بمكره عليه فصار نظير الصلح مع الانكار
فلايتمكن من مطالبته فى الحال بعد التأخير ولامن مطالبة ماحط فى الحط ابدا (وان اعلن) ماقاله سرا (ازمه)
اى جميع الدين (للحال) اى بلاتأخيران اخر ولاحطان حط* فصل (*فى الدين المشترك والتخارج (وان صالح
احد ربى الدين) فى دين (عن نصفه) اى الدين وهونصيبه (على ثوب فلشريكه) الخياران شاء (ان يتبع المديون
بنصفه) اى بنصف الدين لبقاء حصته فى ذمته (او يأخذ نصف الثوب) من شريكه لان له حق المشاركة لانه عوض
عن دينه (الاان يضمن) اى الشريك (له المصالح ربع الدين) لان حقه فى الدين لافى الثوب ولافرق بين ان يكون
الصلح عن اقرار اوسكوت اوانكار ثم ههنا قيدان الاول ان يكون المصالح عنه دينا لانه لوكان الصلح عن عين مشتركة
يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال
حقيقة بخلاف الدين والثانى ان يكون المصالح عليه ثوبا والمراد خلاف جنس الدين لانه لوصالحه على جنسه
يشاركه فيه اويرجع على المديون وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين (وان قبض) احد الشريكين
(شيئا من الدين شاركه شريكه فيه) اى فى الذى قبضه اذلم يشاركه تلزم قسمة الدين قبل القبض وهذا غيرجائز
فله ان يشاركه فيه ان شاء لانه عين حقه من وجه وان شاء رجع على الغريم لان حقه عليه فى الحقيقة
(واتبعا) اى الشريكان (رجعا على الغريم) اى المديون (بما بقى) من الدين لاستوائهما فى الاقتضاء ولوسلم له المقبوض
واختار متابعة الغريم ثم توى نصيبه بان مات المديون مفلسا رجع على القابض بنصف ماقبض لكن ليس
ان يرجع فى عين تلك الدراهم المقبوضة بل يعود الى ذمته (وان) لم يصالح احد الشريكين بل (اشترى)
من الذى عليه الدين (بنصيبه) من الدين (شيئا) فالآخر مخير ان شاء (ضمنه شريكه ربع الدين) لانه صار
قابضا لنصيبه بالمقاصة ولاضرر عليه لان مبنى البيع على المماكسة والمنازعة بخلاف الصلح لان مبناه على
الحطيطة والمسامحة فلوالزمناه دفع ربع الدين يتضرر به لانه لم يستوف تمام نصف الدين فلذا خيرناه (اواتبع
الغريم) ان شاء لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان يشاركه (ومن ابرأ) احدهما
ذمة المديون (عن نصيبه اوقاص الغريم بدين سابق) بان كان للمطلوب على احدهما دين قبل وجود دينهما
عليه حتى صار دينه قصاصا به (لايضمن لشريكه) شيئا فى الصورتين امافى الاولى فلان الابراء اتلاف لاقبض
والرجوع يكون فى المقبوض لافى المتلف وامافى الثانية فلانه قضى دينا كان عليه ولم يقبض لان الاصل فى الدينين
اذا التقيا قصاصا ان يصير الاول مقضيا بالثانى والمشاركة انما تثبت فى الاقتضاء (وان ابرأ) احدهما (عن البعض)
اى بعض نصيبه (قسم الباقى على سهامه) لان الحق عاد الى هذا القدر حتى لوكان لهما على المديون عشرون
درهما فابرأه احدهما عن نصف نصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة كما فى الدرر
(وان اجل) احدهما (نصيبه لايصح) التأجيل عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه يصح عنده اعتبارا بالابراء
المطلق ولهما انه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض كما فى الهداية وفى النهاية ماذكره من صفة الاختلاف
مخالف لماذكر فى عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول ابى يوسف وذلك سهل لجواز ان يكون المص
قداطلع على رواية لمحمد مع الامام (وبطل صلح احد ربى السلم) اى احد الشريكين فى سلم (عن نصب على ما
دفع) من رأس المال وهذا عند الطرفين لانه يستلزم جواز قسمة الدين فى الذمة وانها لاتجوز (خلافا له) اى
لابى يوسف (ايضا) كما خاف فى المسئلة الاولى فان عنده يجوز لانه دين مشترك فاذا صالح احدهما على
حصته جاز كسائر الديون كما فى شرح الكنز للعينى وانما شرط على دفع راس المال لان الصلح على غير رأس المال
لايجوز بالاتفاق لمافيه من استبدال المسلم فيه وفى التنوير صالح احد ربى سلم عن نصيبه على مادفع فان اجازه
الاخر نفذ عليهما وان رده رد وبطل ثم قال وهذه العبارة اولى من قول الكنز وهو اختيار المص وبطل الى
آخره لانه ليس بباطل بل هو صحيح موقوف الاان يراد به انه سيبطل على تقدير عدم الاجازة انتهى (وان) اخرج
الورثة احدهم (عن عرض) هى التركة (او) اخرجوه عن (عقار) هى التركة (بمال) اعطوه له (او) اخرجوه عن
(احد النقدين بالاخر) اى عن ذهب هوالتركة بفضة دفعوها اليه اوعن فضة هى التركة بذهب دفعوه اليه (او
عنهما) اى عن النقدين (بهما) اى بالنقدين بان كان فى التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح ايضا دراهم ودنانير
(صح) هذا الصلح فى الوجوه كلها (قل البدل اوكثر) صرفا للجنس الى خلافه كما فى البيع لكن فى الوجه الثانى
والثالث يعتبر التقابض فى المجلس تحرزا عن الربوا لانه صرف ولايعتبر التساوى والاصل فى جواز التخارج

اثر عثمان رضى الله تعالى عنه فانه صالح تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف رضى الله تعالى عنه عن ربع الثمن وكان له
اربع نسوة على ثمانين الف دينار بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير (وعن نقدين) وهما الذهب
والفضة (وغيرهما) اى غير النقدين مثل العقار والعروض اراد ان التركة ان كانت مشتملة على هذه الاجناس
فاخرجوه (باحد النقدين) يعنى دفعوا اليه امافضة اوذهبا (لايصح الاان يكون المعطى) بفتح الطاء اى الذى
اعطوه (اكثر من نصيبه من ذلك الجنس) ليكون نصيبه بمثله والزيادة بمقابلة حقه من بقية التركة تحرزا عن الربوا
وذلك لان الصلح لايجوز بطريق الابراء لان التركة اعيان والبراءة من الاعيان لاتجوز لكن لابد من التقابض
فى المجلس فيما يقابل النقدين لانه صرف فى هذا القدر (وان) صالحوا (بعرض) فى هذه الصورة (جاز مطلقا)
لعدم الربوا (وان) كان (فى التركة دين على الناس فاخرجوه) اى اخرجت الورثة احدهم (ليكون الدين لهم
بطل الصلح) لان فيه تمليك الدين الذى هو حصة المصالح من غير من عليه الدين وهم الورثة فبطل ثم
تعدى البطلان الى الكل لان الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين اولم يبين عند الامام وينبغى ان يجوز
عندهما فى غير الدين اذا بين حصته ثم ذكر لصحة الصلح حيلا فقال (فان شرطوا) اى الورثة (براءة الغرماء
من نصيبه) اى من الدين الذى هو نصيب المصالح (صح) الصلح لانه اسقاط وتمليك للدين ممن عليه الدين
وفى هذا الوجه ضرر لسائر الورثة حيث لايمكنهم الرجوع على المديون بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث
لايبقى للمصالح حق فيما على المديون فاذا وجد الضرر مع النفع فى محل لايعد الضرر ضررا فتصير هذه الحيلة
مقبولة عند البعض (وكذ) صح الصلح (ان قضوا) اى تعجلوا قضاء (حصته) اى حصة المصالح (منه) اى من
الدين (تبرعا) ثم تصالحوا عما بقى من التركة ولايخفى مافيه من ضرر بقية الورثة فالاولى ماذكره بقوله اواقرضوه
اى اقرض بقية الورثة المصالح (قدرها) اى قدر حصته من الدين (واحالهم) اى احال المصالح الورثة
به) اى بالقرض الذى اخذه منهم (على الغرماء) وهم يقبلون الحوالة (وصالحوه عن غيره) اى عن غير الدين بما
يصلح ان يكون بدلا صح وفى التبيين والاوجه منه ان يبيعوه كفا من تمر اونحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء
او يحيلهم ابتداء من غير بيع ليقبضوه له ثم يأخذوه لانفسهم (وفى صحة الصلح عن تركة هى اعيان غير معلومة
على مكيل اوموزون اختلاف) قال الامام المرغينانى لايصح لاحتمال الربوا بان كان فى التركة المجهولة مكيل اوموزون
ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح وقال الفقيه ابو جعفر يصح لاحتمال ان لايكون فى التركة جنس بدل الصلح
وعلى تقدير كونه يحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح فاحتمال الاحتمال يكون شبهة الشبهة ولاعبرة بها هذا
هو الصحيح كما فى التبيين وغيره (والاصح الجواز ان علمانها) اى التركة (غير المكيل اوالموزون) والاولى بالواو
كما فى الهداية وغيرها (اذا كانت كلها) اى كل التركة (فى يد البقية) اى بقية الورثة لان التركة قائمة فى ايديهم فالجهالة
فيها لاتفضى الى النزاع لعدم الحاجة الى التسليم حتى لوكان بعض التركة فى المصالح ولايعرفه بقية الورثة لايجوز
وقيل لايصح لانه بيع اذ المصالح عنه عين ومع الجهالة لايصح البيع (وبطل الصلح والقسمة ان كان على الميت دين
مستغرق) للتركة لان التركة يتملكها الوارث الاان يضمن الوارث الدين بشرط ان لايرجع فى التركة او يضمن اجنبى
بشرط براءة الميت وان) كان الدين (غير مستغرق فالاولى ان لايصالح قبل قضائه) اى قضاء الدين لحاجته الى تقدم
القضاء (ولوفعل) وصالح (قالوا يجوز) لان التركة لاتخلو عن قليل دين والداين قد يكون غائبا فتتضرر الورثة
بالتوقف على مجيئه والداين لايتضرر لان على الورثة قضاء دينه (والقسمة تجوز قياسا) لما مر من ان التركة لاتخلو
عن قليل دين فتقسم نفيا للضرر عن الورثة (لا) تجوز (استحسانا) وهو قول الكرخى لان الدين يمنع تملك الوارث
اذ مامن جزء من التركة الاوهو مشغول بالدين فلا يجوز القسمة قبل قضائه (وقيل القياس ان يوقف الكل) لما مر
من ان الدين يتعلق بكل جزء من التركة (والاستحسان ان يوقف قدر الدين ويقسم الباقى) لدفع الضرر عن
الورثة وفى التنوير واذا اخرجوا واحدا فحصته تقسم بين الباقى على السواء ان كان مااعطوه من مالهم غير الميراث
المشترك بينهم وان كان مااعطوه له مما ورثوه من مورثهم فعلى قدر ميراثهم والموصى له كوارث فيما قدمناه صالحوا
احدهم ثم ظهر للميت دين اوعين لم يعلموها هل يكون داخلا فى الصلح اشهرهما اى القولين لايكون داخلا فيه

كتاب المضاربة

) كتاب المضاربة (هى مفاعلة من الضرب فى الارض وهو السير فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون
فى الارض يعنى الذين يسافرون فى التجارة وسمى هذا العقد بها لان العامل فيه يسير فى الارض غالبا لطلب الربح
واهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة وقراضا لان صاحب المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل واصحابنا اختاروا
لفظة المضاربة لكونها موافقة للنص وفى الشرع (هى) اى المضاربة (شركة فى الربح) بان يقول رب المال

(دفعته) مضاربة اومعاملة على ان يكون لك من الربح جزء معين كالنصف والثلث اوغيره و يقول المضارب قبلت
ففيه اشعار بان كلا من الايجاب والقبول ركن والظرف للشركة (بمال من جانب) وهو جانب رب المال (وعمل
من جانب) آخر وهو جانب المضارب وهومشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غنى بالمال غبي عن التصرف
فيه و بين مهتدفى التصرف صفراليد عن المال فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لتنتظم مصلحة
الغبي والذكى والفقير والغنى و بعث النبي صلى الله تعالى عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به
الصحابة رضى الله عنهم (والمضارب امين) ابتداء لانه قبض المال باذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة
والحيلة فى ان يصير المال مضمونا على المضارب ان يقرضه من المضارب و يشهد عليه و يسلمه اليه ثم يأخذه منه
مضاربة ثم يدفعه الى المستقرض يستعين به فى العمل بجزء شايع من الربح فاذا عمل وربح كان الربح بينهما على
الشرط واخذرأس المال على انه بدل القرض وان لم يربح اخذرأس المال بالقرض وان هلك المال هلك على المستقرض
وهو العامل وذكر الزيلعى حيلة اخرى فليطالع (فاذا تصرف) المضارب فى المال (فوكيل) لانه متصرف فى ملكه
بامره ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل (فان ربح) منه (فشريك) لرب المال لانه هو المتق بن
عقد المضاربة (وان خالف) المضارب شرط رب المال (فغاصب) ولواجاز بعده لوجود التعدى منه على مال غيره
فصار غاصبا فيضمن وبه قالت الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم وعن على والحسن والزهرى انه لاضمان كما فى الشمنى
(وان شرط كل الربح له) اى للمضارب (فمستقرض) فان استحقاق كل الربح لايكون الابعد ان يصير رأس المال
ملكا له لان الربح فرع المال واشتراطه له يوجب تمليكه رأس المال اقتضاء (وان شرط) كل الربح (لرب المال
فمستبضع) حيث يكون عاملا لرب المال بلابدل وعمله لايتقوم الا بالتسمية فكانه كان وكيلا متبرعا (وان فسدت
المضاربة بشئ (فاجير) لان المضارب عامل لرب المال وماشرطه له كالاجرة على عمله ومتى فسدت ظهر معنى الاجارة
فلاربح لانه يكون فى المضاربة الصحيحة (ولمافسدت) صارت اجارة (فله) اى للمضارب (اجرمثله) اى اجرمثل
عمله كما هوحكم الاجارة الفاسدة (ربح اولم يربح) وبه قال الشافعى لانه لايستحق المسمى لعدم الصحة ولم يرض بالعمل
مجانا فيجب اجر المثل وان لم يربح فى رواية الاصل وعن ابى يوسف لا اجر له اذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة الصحيحة (ولا
يزاد) اجرمثل عمله (على) قدر (ماشرط له) من الربح (عند ابى يوسف) لانه رضى به وهو المختار (خلافا لمحمد) فان له
اجر المثل عنده بالغا ما بلغ وبه قالت الائمة الثلاثة (ولايضمن) المضارب (المال) بالهلاك (فيها) اى المضاربة الفاسدة
(ايضا) اى كما لا يضمنه فى المضاربة الصحيحة لانه امين فلا يكون ضمينا وهذا ظاهر الرواية و به يفتى وعن محمد انه يضمن
كما فى القهستانى وقال الطحاوى عدم الضمان قول الامام وعندهما هو ضامن اذا هلك فى يده بما يمكن التحرز عنه وقال
الاسبيجابى والاصح انه لاضمان على قول الكل كما فى العناية (ولا تصح المضاربة الا بمال تصح به الشركة) من النقدين
والتبر والفلس النافق لكن فى الكبرى ان فى المضاربة بالتبر روايتين وعن الشيخين انها تصح بالفلس ولم تصح عند محمد
وعليه الفتوى كما فى القهستانى (وان دفع عرضا وقال بعه واعمل فى ثمنه مضاربة فقبل اوقال اقبض مالى على فلان)
من الدين (واعمل فيه مضاربة) فقبل (جازت ايضا) كما تصح به الشركة لان المضاربة فى المسئلة الاولى اضيفت الى ثمن
العرض وهو مما تصح فيه المضاربة وفى الثانية اضيفت الى زمان القبض والدين اذا قبض صار عينا فيجوز هذا العقد
بخلاف ما لو قال اعمل بالدين الذى فى ذمتك فانه لايجوز اتفاقا وفى المنح ولو قال اقبض دينى على فلان ثم اعمل به مضاربة
فعمل قبل ان يقبض كله ضمن ولو قال فاعمل به لايضمن وكذا بالواو لان ثم للترتيب فلا يكون مأذونا بالعمل الابعد قبض
الكل بخلاف الفاء والواو فانه يكفى قبض البعض كذا فى بعض المعتبرات لكن فى القول بان الفاء كالواو فى هذا الحكم
نظر لان ثم يفيد الترتيب والتراخى والفاء يفيد التعقيب والترتيب فينبغى ان لايثبت الاذن فيها قبل القبض بل يثبت
عقبه بخلاف الواو فانها لمطلق الجمع من غير تعرض لمقارنة ولا ترتيب وفى المجتبى لو قال اشترلى عبدا نسيئة ثم بعه واعمل
بثمنه مضاربة فاشتراه ثم باعه وعمل فيه جاز ولو قال رب المال للغاصب او المستودع او المبضع اعمل بما فى يدك
مضاربة جاز (وشرط تسليم المال الى المضارب بلا يد لرب المال فيه) لان تخلية المال للعامل واجب للتمكن
من التصرف فيه حتى لو شرط عمل رب المال معه لفسدت المضاربة لان ذلك مخل بالتسليم بخلاف الشركة
(عاقدا كان) رب المال (او غير عاقد كالصغير اذا عقدها) اى المضاربة (له) اى للمضارب (وليه) اى ولى الصغير
وشرط عمل الصغير معه فانه لايجوز لان يد المالك ثابت له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب (واحد الشريكين
اذا عقدها) اى المضاربة (الاخر) اى اذا دفع احد المتفاوضين واحد شريكى العنان المال مضاربة و شرط
عمل شريكه معه فانه لايجوز لقيام الملك له فالمعتبر فيه عمل المالك لا العاقد حتى لو دفع الاب او الوصى مال الصغير

وشرط

وشرط عمل نفسه جاز لانهما من اهل ان يأخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فجاز اشتراط العمل عليهما
بخلاف المأذون لو دفع ماله مضاربة وشرط عمله معه فانه لم يجز لان اليد المتصرفة ثابتة له فنزل منزلة المالك
وفيه اشعار بان الوصى اذا دفع مال الصغير الى نفسه مضاربة جاز كما فى الذخيرة لكن ينبغى ان يزاد فى هذه
المسئلة ان الوصى لا يجعل لنفسه اكثر مما يجعل لامثاله كما قاله الطرسوسى (و) شرط (كون الربح بينهما مشاعا)
اى لا تصح المضاربة حتى يكون الربح مشاعا بينهما بان يكون اثلاثا او منصفا ونحوهما لان الشركة لا تتحقق الا به
فلو شرط لاحدهما دراهم مسماة تبطل فيكون الربح لرب المال وشرط كون نصيب كل من المضارب ورب المال
معلوما عند العقد وكون رأس المال معلوما تسمية او اشارة (فتفسد) المضاربة (ان شرط لاحدهما عشرة دراهم مثلا)
لان اشتراط ذلك مما يقطع الشركة بينهما لانه ربما لا يربح بالشرط فاذا لم يصح بقيت منافعه مستوفاة بحكم العقد
فيجب اجر المثل وفى التنوير ولو ادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال و بعكسه فللمضارب (وكل شرط يوجب
جهالة الربح) كشرط رب المال على المضارب ان يدفع اليه ارضه ليزرعها سنة او داره ليسكنها سنة (يفسدها)
اى المضاربة لانه جعل بعض الربح عوضا عن عمله والبعض اجرة داره او ارضه ولا يعلم حصة العمل حتى تجب
حصته وتسقط ما اصاب منفعة الدار (وما) اى كل شرط (لا) يوجب جهالة الربح (فلا) يفسد المضاربة (و) لكن
(يبطل الشرط) لانه لا يفضى الى جهالة حصة العمل اذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لا غير ولا جهالة فيه (كشرط
الوضيعة) وهى الخسران (على المضارب) لان الخسران جزء هالك من المال فلا يجوز ان يلزم غير رب المال لكنه
شرط زائد لا يوجب قطع الشركة فى الربح ولا الجهالة فيه فلا يفسد المضاربة لانها لا تفسد بالشروط الفاسدة
كالوكالة ولان صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط كالهبة (وللمضارب فى مطلقها) اى مطلق المضاربة
وهو ما لم يقيد بمكان او زمان او نوع من التجارة نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد عليه (ان يبيع
ويشترى و يوكل بهما) اى بالبيع والشراء (و يسافر) بمال المضاربة برا و بحرا ولو دفع المال فى بلده على الظ
وعن ابى يوسف لا يسافر و به قال الشافعى وعن الامام ان دفع اليه المال فى بلده ليس له ان يسافر به وفى القهستانى
ولا يسافر سفرا مخوفا يتحامى الناس عنه فى فوتهم (و يبضع) من الابضاع وهو ان يدفع الى غيره مالا يعمل فيه
و يكون الربح لرب المال (و يودع و يرهن و يرتهن و يواجر و يستأجر و يحتال بالثمن على الايسر وغيره) لان كل ذلك
من صنيع التجار (ولو ابضع) المضارب (رب المال صح ولا تفسد به) اى بالابضاع (المضاربة) وقال زفر تفسد
لان رب المال ح متصرف فى مال نفسه وهو لا يصلح ان يكون وكيلا فيه فيكون مستردا له ولنا ان التصرف
فى مال المضاربة صار حقا للمضارب فيصلح ان يكون رب المال وكيلا عنه فى التصرف فيه (وليس له) اى للمضارب
(ان يضارب) مال المضاربة لاخر (الا باذن رب المال) صريحا (او بقوله له) اى للمضارب (اعمل برأيك) لان الشئ
لا يتضمن مثله فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه كالوكيل لا يملك التوكيل الا بقول الاصيل
اعمل برأيك بخلاف الابضاع والايداع لانهما دون المضاربة لا مثلها فيتضمنهما (ولا) اى ليس للمضارب (ان يقرض
او يستدين) بان يشترى باكثر من مال المضاربة (او يهب او يتصدق) وان قيل له اعمل برأيك لان المراد بهذا القول التعميم
فى كل ما هو من صنيع التجار وهذا ليس من صنيعهم اذ الربح المق عندهم لا يحصل بها (الا بتنصيص) من رب المال
على الاقراض والاستدانة والهبة والتصدق فح ملكها وفرع على الاستدانة بقوله (فان شرى بمالها) اى المضاربة
(بزا) بفتح الباء الموحدة والزاى المعجمة عند اهل الكوفة ثياب الكتان لا ثياب الصوف والخز كما فى المغرب (وقصره)
اى غسله باجرة من ماله من قصر يقصر بالضم قصرا او قصارة او من قصر الثوب بالتشديد اى جمعه فغسله
كما فى القهستانى (او حمله) من موضع الى آخر (بماله) اى بمال المضارب لا بمالها (فهو) اى المضارب (متبرع)
فلا يرجع بماله على رب المال (وان) وصلية (قيل له اعمل برأيك) لانه استدانة على رب المال بلا اذن صريح فلو قصر
بالنشا فحكمه حكم الصبغ (وله) اى للمضارب (الخلط بماله) اى المضارب (والصبغ) بماله (ان قيل له ذلك) اى
اعمل برأيك والمراد من الصبغ ان يصبغه احمر لعدم الخلاف فى كونه زيادة بخلاف السواد فانه نقصان عند الامام
لكن اطلاق المص يشعر انه اختار قول الامامين وسكت عن قول الامام تبع (فلا يضمن المضارب به) اى بالخلط
ولا بالصبغ فانه مأذون فيه لان قوله اعمل برأيك يتضمنه فلا يكون به متعديا (و يصير) المضارب (شريكا) لرب المال
بما زاد الصبغ) فيه (وحصته) اى حصة قيمة الصبغ (له) اى للمضارب (اذا بيع) المصبوغ (وحصة الثوب) الابيض
(فى) مال (المضاربة) حتى اذا كانت قيمة الثوب غير مصبوغ الفا ومصبوغا الفا ومائتين كان الالف للمضاربة
ومائتا درهم للمضارب بدل ماله وهو الصبغ بخلاف القصارة والحمل وتمامه فى العناية فليطالع (وان قيدت المضاربة

بلد) معين بان قال رب المال للمضارب دفعته مضاربه فى الكوفة مثلا (اوسلعة) اى متاع معين بان قال دفعته
مضاربة فى الكرباس مثلا (اووقت) معين بان قال دفعته مضاربة بالصيف مثلا (اومعامل معين) بان قال دفعته
مضاربة لفلان (فليس له) اى للمضارب (ان يتجاوز) عما عينه المالك لان المضاربة توكيل وفى التخصيص فائدة
لان التجارات تختلف باختلاف الامكنة والامتعة و الاوقات والاشخاص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من
يخرجه من تلك البلدة وقال مالك والشافعى اذا شرط المالك ان لايشترى الا من رجل بعينه اوسلعة بعينها
اومالايعم وجوده لاتصح المضاربة (كما)لايتعدى الشريك (فى الشركة) عما عينه الشريك الاخر بشئ منها
(فان تجاوز) المضارب بان يخرج الى غيرذلك البلد فتصرف فيه او اشترى سلعة غير ماعينه اوفى وقت غيرماعينه
اوباع مع غيرمن عينه (ضمن) لانه صارغاصبا بالمخالفة وكان المشترى له (والربح له) اى للمضارب وعليه خسرانه
ثم قيل يضمن بنفس الاخراج من البلد لوجود المخالفة وقيل لايضمن مالم يشتر لاحتمال عوده الى البلد قبل الشراء
فان عادزال الضمان فصار مضاربة على حاله بالعقد الاول (فان قال له) اى قال المالك للمضارب عامل (اهل الكوفة
(اوعامل الصيارفة فعامل فى الكوفة غيراهلها) اى الكوفة (اوصارف) اى عامل معاملة الصرف مع (غيرالصيارفة)
لايكون مخالفا فيجوز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثانى التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لافيما وراء ذلك
كما فى الهداية (وكذا) لايكون مخالفا (لوقال اشترفى سوقها) اى الكوفة (فاشترى فى غيره) اى غيرسوق الكوفة
لان اماكن المصركلها سواء فى السعر والنقد والامن فيجوز (بخلاف قوله لا تشتر فى غيرالسوق) فانه ح لايجوز
لواشتراه فى غيره فيضمن لانه صرح بالحجر والولاية الى المالك وفى الغاية كلام فليطالع (وان قال) المالك للمضارب
(خذهذا المال تعمل به) اى بالمال (فى الكوفة) مرفوعا ومجزوما (او) خذهذا المال (فاعمل به) اى بالمال (فيها)
اى الكوفة (اوخذه) اى المال المضارب (بالنصف فيها) اى الكوفة (فهوتقييد) فليس له ان يعمل فى غيرالكوفة
لان قوله تعمل به تفسير لقوله خذه والكلام المبهم اذا تعقبه تفسيركان الحكم للتفسير وكذا قوله فاعمل به لانه
فى معنى التفسير لان الفاء للوصل والتعقيب والذى وصل الكلام المبهم و تعقبه كان تفسيرا له وكذا لوقال
خذه مضاربة بالنصف لان الباء للالصاق فيقتضى ان يكون العمل فيه وكذا لوقال خذه مضاربة بالنصف فى
الكوفة لان فى للظرف وانما تكون البلدة ظرفا اذا حصل الفاعل والفعل وكذا اذا قال خذه مضاربة على ان تعمل
بالكوفة لان على للشرط فيتقيد به كما فى التبيين (بخلاف اخذه) اى المال مضاربة (واعمل به فيها) اى فى الكوفة فانه
ليس بتقييد حتى لايضمن فى العمل فى غيرها لان الواو للعطف والشئ لايعطف على نفسه وانما يعطف على غيره
وقد يكون للابتداء اذا كانت بعدها جملة فتكون مشورة لاشرطا للاول والضابط ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة
مالايمكن التلفظ به ابتداء او يمكن جعله مبنيا على ماقبله يجعل مبنيا عليه كما فى الالفاظ الثلاثة السابقة التى تذكر فى المتن
وان استقام للابتداء به لايبنى على ماقبله و يجعل مبتدأ كما فى اللفظ الاخير (وللمضارب ان يبيع بنسيئة) متعارفة عند التجار
كسنة اودونها (مالم يكن اجلا لايبيع اليه التجار) كعشرين سنة مثلا وعند الائمة الثلاثة لايبيع بنسيئة الا باذنه لان البيع
بالنسيئة يوجب قصر يد المضارب عن التصرف فيصير بمنزلة دفعه المال مضاربة فلا يجوز الا بالاذن ولنا ان البيع
بالنسيئة من صنيع التجار وهو اقرب الى تحصيل الربح الذى هو مقصود رب المال فانه بالنسيئة اكثر منه بالنقد ولهذا كان له
ان يشترى دابة للركوب وليس له ان يشترى سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبار العادة التجار كما فى الهداية (وان باع)
المضارب (بنقد ثم اخر) اى الثمن (صح اجماعا) اما عندهما فان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لان المضارب
لايضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لايملك ذلك واما عند ابى يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع
بالنسأ بخلاف الوكيل لانه لايملك الاقالة كما فى الهداية (وله) اى للمضارب (ان يأذن لعبد المضاربة) اى العبد الذى
اشترامن مال المضاربة (فى التجارة) فى الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار وعن محمد لايملك ذلك لانه بمنزلة الدفع
مضاربة (وليس له) اى للمضارب (ان يزوج عبدا اوامة من مالها) اى مال المضاربة لان التزويج ليس من التجارة مع
ان عقد المضاربة يتضمن التوكيل بالتجارة فلا يملك التزويج وان كان اكتسابا بجهة اخرى وعن ابى يوسف ان المضارب
يزوج الامة لانه من الاكتساب اذ يستفيد به المهر وسقوط النفقة من مال المضاربة وفيه اشارة الى انه لايحل وطئ جارية
المضاربة ربح اولا واذن به اولا كما فى القهستانى (ولا) يجوز للمضارب (ان يشترى به) اى بمال المضاربة (من يعتق
على رب المال) سواء كان ذلك العتق بسبب القرابة كاشتراء ابن رب المال او بسبب اليمين كقوله ان ملكته فهو حر لان
حصول الربح غيرمتصور بالعتق فعقد المضاربة ينافيه (فان شرى) المضارب به من يعتق عليه (كان) شراء (له)
اى لنفس المضارب و يضمن دفعه المضاربة (لالها) اى لايكون للمضاربة لان الشراء نافذ على المشترى لكونه

اصيلا فى حق البايع (ولا) يجوز للمضارب (ان يشترى من يعتق عليه) اى على المضارب (ان كان فى المال ربح)
لانه يعتق نصيبه و يفسد نصيب رب المال بسببه او يعتق على الاختلاف الذى مضى بيانه فى العتق والمراد
من الربح هنا ان تكون قيمة العبد المشترى اكثر من رأس المال سواء كان فى جملة رأس المال ربح اولا حتى لوكان المال
الفا فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما الف فاعتقهما المضارب لايصح عتقه واما بالنسبة الى
استحقاق المضارب فانه يظهر فى الجملة ربح حتى لواعتقهما رب المال فى هذا الصورة صح وضمن نصيب المضارب
منهما وهو خمسمائة موسرا كان اومعسرا كما فى المنح (فان فعل) اى اشترى من يعتق عليه وقيمته اكثر من رأس المال
(ضمن) اى المضارب لانه مشترى لنفسه (وان لم يكن) فى المال (ربح صح) شراؤه لانه لايعتق عليه اذ لاملك للمضارب
فيه لكونه مشغولا برأس المال فيمكنه ان يبيعه للمضاربة فيصح (فان حدث ربح بعد الشراء) بان كان قيمته
وقت الشراء قدر رأس المال او اقل ثم ازدادت قيمته حتى صارت اكثر من رأس المال (عتق نصيبه) اى نصيب المضارب
لكونه مالكا قريبه (ولا يضمن) لرب المال شيئا من قيمته لعدم صنعه فى زيادتها فصار كما اذا ورثه مع غيره
(بل يسعى المعتق) بفتح التاء (فى) قيمة (نصيب رب المال) منه لاحتباس رأس المال و نصيبه من الربح عنده
(ولو اشترى المضارب بالنصف امة بالف وقيمتها) اى الامة (الف) فوطئها (فولدت ولدا يساوى الفا فادعاه
اى ادعى المضارب الولد حال كونه (موسرا) اى فى حال يساره (فصارت قيمته) اى قيمة الولد (الفا ونصفه)
اى خمسمائة (استسعاه) اى الغلام ان شاء (رب المال فى الف وربعه) اى ربع الالف وهو مائتان وخمسون
(اواعتقه) اى اعتق رب المال الغلام ان شاء (فاذا قبض) رب المال (الالف) من الغلام (ضمن المدعى) اى
المضارب (نصف قيمة الامة) وذلك لان دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على انه ولده من النكاح
بان زوجها البايع له ثم باعها منه وهى حبلى منه حملا لامره على الصلاح لكن لاتفيد هذه الدعوة لعدم الملك
وهو شرط فيها اذ كل واحد من الجارية و ولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف ان مال المضاربة
اذا صارت اجناسا مختلفة كل واحد منها لايزيد على رأس المال لايظهر الربح عندنا لان بعضها ليس باولى به
من البعض فح لم يكن للمضارب نصيب فى الامة ولا فى الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا ينفذ دعوته
فاذا ازدادت قيمته فصارت الفا وخمسمائة ظهر الربح فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته لوجود شرطها
وهو الملك بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ظهر الربح حيث لاينفذ اعتاقه السابق لانه انشاء فاذا بطل لعدم الملك لاينفذ
بعده بحدوثه واما الدعوة فاخبار فاذا رد فى حق غيره فهو باق فى حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك تفذت دعوته كما
اذا اخبر بحرية عبد لغيره يرد اخباره فاذا ملكه بعد ذلك صار حرا كما فى الدرر هذا*باب (*يقرأ بالتنوين وعدمه
(المضارب يضارب) مع آخر مضاربة المضارب مركبة فلهذا اخرها عن المفرد (فان ضارب المضارب) اى
دفع المضارب مال المضاربة الى آخر مضاربة (بلا اذن) من رب المال (فلا ضمان) على المضارب اذا هلك المال
بمجرد الدفع (مالم يعمل) المضارب الثانى فى المال واذا عمل ضمن الدافع ربح الثانى اولا (فى ظاهر الرواية)
عن الامام (وهو قولهما وفى رواية الحسن عن الامام لايضمن بالعمل ايضا مالم يربح) اى الثانى وقال زفر
يضمن بالدفع تصرف اولم يتصرف وهو رواية عن ابى يوسف وهو قول الائمة الثلاثة لانه دفع ماله الى غيره
بلا امر فيضمن ولنا انه كالايداع قبل العمل وهو يملك الايداع بنفسه وجه ظاهر الرواية ان الربح انما يحصل
بالعمل فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصوله فى صيرورة المال مضمونا به هذا اذا كانت المضاربة الثانية
صحيحة (وان كانت الثانية فاسدة فلا ضمان) على الاول (وان) وصلية (ربح) الثانى لانه اجير والاجير لايستحق
شيئا من الربح فلا تثبت المضاربة وله اجر مثله على المضارب الاول فيكون الربح بين الاول ورب المال على ماشرط له
(وحيث ضمن) اى حيث لزم الضمان بعمل الثانى فى ظاهر الرواية وبالربح فى رواية الحسن عنه (فلرب المال تضمين
ايهما شاء) باجماع اصحابنا (فى المشهور) من الرواية اى خير رب المال ان شاء ضمن المضارب الاول رأس ماله لتعديه
عليه وان شاء ضمن الثانى لقبضه بغير اذن المالك وان اختار رب المال ان يأخذ الربح ولايضمن ليس له ذلك كما
فى المبسوط فان ضمن الاول صحت المضاربة بينه و بين الثانى لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا
على الوجه الذى رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه وكان الربح على ماشرطا وان ضمن الثانى رجع بما ضمن على الاول
بالعقد لانه عامل له كالمودع ولانه مغرور من جهته فى ضمن العقد وصحت المضاربة بينهما ويكون الربح بينهما على
ماشرطا و يطيب للثانى ماربح لانه يستحقه بالعمل ولاخبث فى العمل ولا يطيب للاول لانه يستحقه بملكه المستند
باداء الضمان ولايعرى عن نوع خبث كما فى الهداية (وقيل على الخلاف فى ايداع المودع) اى يضمن الاول فقط

ولا يضمن الثانى عند الامام وعندهما يضمن بناء على اختلافهم فى مودع المودع فان عنده لا يضمن وعندهما يتخير والفرق بينهما للامام ان مودع المودع كان يقبضه لنفع الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثانى فيعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا (وان اذن) رب المال (له) اى للمضارب بالدفع الى آخر (بالمضاربة فضارب) المضارب (بالثلث) والحال انه قد (قيل له) اى وكان رب المال قال للمضارب الاول (ما رزق الله بيننا نصفان او) ما رزق الله (فلى نصفه او ما فضل) من رأس المال (فنصفان) فعمل الثانى وربح (فنصف الربح لرب المال وثلثه للثانى) اى للمضارب الثانى (وسدسه للاول) اى للمضارب الاول لان الدفع الى الثانى مضاربة لانه باذن المالك وقد شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى وقد جعل المضارب الاول للثانى ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه لانه لا يقدر ان ينقص من نصيب رب المال شيئا فيبقى للاول السدس و يطيب ذلك لكلهم لان رب المال يستحقه بالمال وهما بالعمل (وان دفع) المضارب الاول للثانى (بالنصف) والمسئلة بحالها (فنصفه) اى الربح (لرب المال ونصفه للثانى) اى للمضارب الثانى (ولا شىء للاول) لان المالك شرط لنفسه جميع الربح فانصرف شرط الاول النصف للثانى الى نصيبه فيكون للثانى بالشرط و يخرج الاول بغير شىء لانه لم يبق له (وان شرط الاول (للثانى الثلثين) اى ثلثى الربح والمسئلة بحالها (فكما شرط) يعنى لرب المال النصف وللمضارب الثانى الثلثان (ويضمن) المضارب (الاول للثانى سدسا) اى سدس الربح من ماله لان المالك شرط النصف لنفسه فله ذلك واستحق المضارب الثانى ثلثى الربح بشرط الاول لان شرطه صحيح لكونه معلوما لكن لا ينفذ فى حق المالك اذ لا يقدر ان يغير شرطه فيغرم له قدر السدس تكملة للثلثين لالتزامه بالعقد (وان كان قيل له) اى للمضارب الاول يعنى قال له رب المال (ما رزقك الله او ما ربحت بيننا نصفان فدفع) المضارب لآخر مضاربة (بالثلث) فعمل الثانى وربح (فلكل منهم) اى لكل واحد من المالك والمضارب الاول والثانى (ثلثه) لان ثلث الربح مشروط للثانى وما بقى من الربح ثلثان وهو مرزوق للاول فنصف الثلثين هو الثلث لرب المال على ما شرط ولا يبقى للاول الا الثلث و يطيب لهم ايضا (وان دفع) المضارب لآخر مضاربة (بالنصف) فى هذه الصورة (فللثانى نصف الربح (ولكل من) المضارب (الاول ورب المال ربع) الربح لان الاول شرط للثانى نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما (ولو شرط) المضارب (لعبد رب المال ثلثا) من الربح (ليعمل) العبد (معه) اى مع المضارب (و) شرط (لرب المال ثلثا) من الربح (ولنفسه ثلثا صح) ذلك لان اشتراط العمل على العبد لا يمنع التخلية والتسليم من المالك سواء عليه دين او لا لان للعبد يدا معتبرة فيكون منفردا خصوصا اذا كان مأذونا واشتراط العمل اذن له فتكون حصته للمولى ان لم يكن على العبد دين والا فهو لغرمائه ان شرط عمله والا فهو للمولى قوله معه عادى وليس بقيد بل يصح الشرط و يكون للمولى وان لم يشترط عمله قيد بعبد رب المال لان عبد المضارب لو شرط له شىء من الربح ولم يشترط عمله لا يجوز و يكون ما شرط لرب المال اذا كان على العبد دين والا صح سواء شرط عمله او لا و يكون للمضارب وقيد بكون العاقد المولى لانه لو عقدها المأذون مع اجنبى وشرط عمل مولاه لم يصح ان لم يكن عليه دين والاصح عند الامام خلافا لهما وقيد باشتراط عمل العبد لان اشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد وكذا اشتراط عمل المضارب مع مضاربه او عمل رب المال مع الثانى ولو شرط بعض الربح للمساكين وللحج او فى الرقاب لم يصح و يكون لرب المال ولو شرط لمن شاء المضارب فان شاء لنفسه او لرب المال صح وان شاءه لاجنبى لم يصح كما فى البحر (وتبطل) المضاربة (بموت احدهما) اى بموت المالك او المضارب لكونها وكالة وهى تبطل به ولا يورث (و) تبطل ايضا (بلحاق رب المال) بدار الحرب حال كونه (مرتدا) والعياذ بالله تعالى اذا حكم بلحوقه من يوم ارتد وانتقل ملكه الى ورثته فلم يتصرف المضارب بعد ذلك فى المال الا اذا كان متاعا او عروضا فبيعه وشراؤه فيه جائز حتى يحصل رأس المال قيد بلحوقه لانه لو ارتد ولم يلحق فتصرفه موقوف فان عاد بعد لحوقه مسلما فالمضاربة على حالها كما فى البحر بخلاف الوكيل والفرق ان محل التصرف خرج عن ملك الموكل ولم يتعلق به حق الوكيل بخلاف المضارب لكن ينبغى ان يكون هذا اذا لم يحكم بلحوقه اما اذا حكم فلا تعود المضاربة لانها بطلت كما هو ظاهر كلام الاتقانى لكن فى العناية تعود سواء حكم بلحاقه او لا (لا) تبطل المضاربة بلحاق (المضارب) اجماعا لان تصرفات المرتد انما تتوقف عند الامام للتوقف فى املاكه ولا ملك للمضارب فى مال المضاربة فيبقى المضاربة على حالها فان مات او قتل او لحق وحكم بلحاقه بطلت المضاربة كما فى السراج (ولا ينعزل) المضارب (بعزله) اى بعزل رب المال اياه (ما لم يعلم) المضارب (به) اى بالعزل لانه وكيل من جهته

فيشترط

فيشترط فيه العلم بعزله (فان علم) المضارب بعزله (والمال عروض فله) اى للمضارب (بيعها) اى العروض مطلقا لان له حقا فى الربح ولا يظهر الا بالنقد فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك (ولا يتصرف فى ثمنها) اى فى ثمن العروض التى باعها لان البيع بعد العزل كان للضرورة ليظهر الربح ولا حاجة اليه بعد النقد ولا يملك المالك فسخها فى الحالة لان للمضارب حقا فى الربح كما فى البحر (وان كان) مال المضاربة (نقدا من جنس رأس المال) اى مال عقد المضاربة حين علمه بعزله (لا يتصرف) المضارب (فيه) اى النقد لعدم الحاجة اليه وهو معزول (وان) كان المال (من غير جنسه) اى غير جنس رأس المال (فله) اى للمضارب (تبديله بجنسه) اى اذا كان رأس المال دراهم وهو معزول ومعه دنانير له بيعها بالدراهم (استحسانا) لان الواجب للمضارب ان يرد مثل رأس المال وهو يتحقق برد جنسه فكان له تبديله بجنسه ضرورة وفى القياس لا يبدل لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية (ولو افترقا) اى المضارب ورب المال بالفسخ (و) كان (فى المال دين على الناس لزمه) اى المضارب (الاقتضاء) اى مطالبة الدين شرعا (ان كان) فيه (ربح) لانه يأخذ الاجر فعليه عمل الطلب (والا) اى وان لم يكن فيه ربح (فلا) يلزم الاقتضاء لانه وكيل محض وهو متبرع فلا جبر على المتبرع (و يوكل) المضارب (المالك به) اى بالاقتضاء لان المضارب هو العاقد وحقوق العقد تتعلق لعاقد فلا بد من توكيله المالك فى الطلب اذا امتنع كيلا يضيع حق رب المال حيث لا يدفع المديون الدين اليه وانما يدفعه الى من عقد معه او الى وكيله (وكذا) اى مثل هذا حكم (سائر الوكلاء) فانهم اذا امتنعوا عن الاقتضاء يوكلون الملاك (والبياع) من باع الناس باجر (والسمسار) بالكسر المتوسط بين البايع والمشترى يبيع و يشترى للناس باجر من غير ان يستأجر (يجبران عليه) اى على الاقتضاء لوجود سبب الاجبار وهو العمل باجرة عادة فجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليهما التقاضى والاستيفاء لانه وصل اليهما بدل عملهما فصارا كالمضارب اذا كان فى المال ربح (وما هلك من مال المضاربة صرف الى الربح اولا) دون رأس المال لانه تابع ورأس المال اصل فينصرف الهالك الى التابع كما فى مال الزكوة الى العفو ابتداء (فان زاد) الهالك (على الربح لا يضمن المضارب) لكونه امينا سواء كان من عمله او لا و يقبل قوله فى هلاكه وان لم يعلم ذلك كما قيل فى الوديعه وسواء كانت المضاربة صحيحة او فاسدة فهى امانة عند الامام وعندهما ان كانت فاسدة فالمال مضمون كما فى المنح وهو قول الطحاوى لكن ظاهر الرواية عدم الضمان فى الكل كما قررناه فى قوله ولا يضمن المال فيها (فان اقتسماه) اى المضارب والمالك الربح (و فسخت) المضاربة (ثم عقدت) المضاربة جديدا (فهلك المال او بعضه) فى يد المضارب (لا يترادان) اى المضارب والمالك (الربح) المقسوم لان المضاربة الاولى قد انتهت وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال فى الثانى لا يوجب انتقاض الاول كما لو دفع اليه مالا آخر (وان اقتسماه من غير فسخ) ثم هلك المال كله او بعضه (ترادا) اى المضارب والمالك الربح المقسوم (حتى يتم رأس المال) لان الربح تابع فلا يسلم بدون سلامة الاصل (فان فضل شىء) من الربح بعد ما استوفى رأس المال (اقتسماه) اى ما فضل لانه ربح (وان لم يف) اى الربح ما هلك من رأس المال (فلا ضمان على المضارب) لانه امين فيه *) فصل (* فى المتفرقات (ولا ينفق المضارب من مالها) اى مال اى المضاربة (فى مصره) الذى ولد فيه (او فى مصر اتخذه دارا) اى وطنا اذ لا يحتبس فيه لعمل المضاربة بل يسكن فيه بالسكنى الاصلى عمل او لم يعمل قيد باتخذه وطنا لانه لو نوى الاقامة فى مصر ولم يتخذه وطنا فنفقته من مال المضاربة (ولا) ينفق (فى المضاربة (الفاسده) لانه اجير ولا نفقة له (فان سافر) المضارب للتجارة فى المضاربة (فطعامه وشرابه من مالها) اى مال المضاربة لان النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضى والزوجة فاذا سافر صار محبوسا به فتجب مؤنته الراتبة فيه خلافا للشافعى (بالمعروف) اى بحيث لا يعد مثل هذا الانفاق فى عرفهم اسرافا (وكذا كسوته) بالمعروف (وركوبه شراء واستيجارا) وعلف الدابة التى يركبها فى سفره وحوايجه والركوب بالفتح المركوب (وكذا اجرة خادمه) اى خبازه وطابخه وغاسل ثيابه وعامل ما لا بد له منه اعتبار العادة التجار (وفراش ينام عليه وغسل ثيابه) مستدرك بقوله وخادمه الا ان يراد به ثمن ما يغسل به مثل الحرض والصابون كما فى الكفاية (وكذا الدهن) بفتح الدال وسكون الهاء بمعنى الادهان (فى موضع يحتاج اليه فيه) اى الدهن كالحجاز وكذا اجرة الحمام والحلاق ودهن السراج والحطب وانما قلنا اعتبار العادة التجار لان غسل الثياب ونحوه ليس مما لا بد منه فكان ينبغى ان لا يكون من مال المضاربة كاجرة الحمام ولكن فى عادة التجار لا بد منه ليزداد رغبات الناس فى معاملتهم ولا يعدونهم فى عداد المفاليس (وضمن) المضارب (ما كان زائدا على العادة) لانتفاء الاذن

(ونفقته) اى المضارب (فى مصره من ماله) لما مر انها جزاء الاحتباس هذا تصريح بما علم ضمنا قوله ولا ينفق المضارب من مالها فى مصره فلو اقتصر لكان اخصر (كالدواء) فانه من ماله فى ظاهر الرواية لان الحاجة الى النفقة دائمة بخلاف الدواء لانه قد يمرض وقد لا يمرض فلا يعد من جملة النفقة سواء كان فى السفر والحضر فيكون من ماله كن وجه يكون دوائها من مالها وعن الامام ان الدواء من مال المضاربة لانه لا يمكن من التجارة الابه فيصير كالنفقة (ويرد ما بقى من كسوة وغيرها) كالطعام ونحوه (اذا قدم) من السفر الى مسكنه (الى رأس المال) لانتهاء الاستحقاق بانتهاء السفر (ومادون السفر كسوق المصر) فى كون نفقته فى ماله لا فى مال المضاربة (ان امكنه ان يغدو ويبيت فى اهله) لان اهل السوق يتجرون فى اسواق المصر ويبيتون فى منازلهم مع ان ذهابهم وايابهم لمصالح انفسهم لا للغير (والا) اى وان لم يمكنه ان يغدو ويبيت باهله (فكالسفر) فى كون نفقته فى مال المضاربة لا فى مال نفسه لان ذهابه قد صار للمضاربة يقينا (وليس للمستبضع الانفاق من مالها) اى من مال البضاعة لانه كالوكيل فيكون متبرعا فلا تجب له النفقة (ويؤخذ ما انفقه المضارب من الربح اولا) يريد ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح يأخذ المالك من الربح مقدار ما انفقه المضارب من رأس المال ليكمل رأس المال (وما فضل) من الربح (قسم) بينهما على ما شرطا فتكون النفقة مصروفة الى الربح لا الى رأس المال وفيه اشارة الى انه ان لم يربح تجب النفقة من رأس المال كما فى الفرائد ولو انفق المضارب من ماله ثم هلك مال المضاربة لم يرجع على رب المال (وان سافر) المضارب (بما له ومال المضاربة) او خلط ماله بمال المضاربة باذن رب المال (او) سافر (بمالين لرجلين انفق بالحصة) اى توزع النفقة على قدر الحصص من المال (وان باع) المضارب (متاع المضاربة مرابحة حسب ما انفقه) اى المضارب (عليه) اى على المتاع (من) اجرة (حمل ونحوه) مما جرت العادة بين التجار بضمه كاجرة السمسار والقصار والصباغ وقال قام على بكذا لان هذه الاشياء تزيد فى القيمة وتعارف التجار الحاقها رأس المال فى بيع المرابحة فلهذا قال فى التنوير وكذا يضم الى رأس المال ما يوجب زيادة فيه حقيقة او حكما او اعتاده التجار وهذا هو الاصل كما فى النهاية (لا) يحسب (نفقة نفسه) اى نفس المضارب فى سفره اذا باع مرابحة لانها لا تزيد فى القيمة (ولو شرى مضارب بالنصف بالف المضاربة بزا وباعه) اى البز (بالفين واشترى بهما عبدا فضاعا) اى الفان (فى يده) اى المضارب (قبل نقدهما) اى الالفين (يغرم) المضارب (ربعهما) اى ربع الالفين وهو خمسمائة (و) يغرم (المالك الباقى) وهو الف وخمسمائة لان المال لما صار الفين ظهر الربح فى المال وهو الف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتركا بينهما فربعه للمضارب وثلثة ارباعه للمالك ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما فى العبد فربعه على المضارب وثلثة ارباعه على المالك (وربع العبد للمضارب وباقيه) وهو ثلثة ارباعه (للمضاربة) لان نصيب المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة امانة وبينهما تناف ونصيب رب المال على المضاربة لعدم ما ينافيها (ورأس المال) وهو جميع ما دفع رب المال الى المضارب (الفان وخمسمائة) لانه دفع اليه مرة الفا واخرى الفا وخمسمائة (ولا يبيعه) اى المضارب العبد (مرابحة الا على الفين) ولا يقول قام على بالفين وخمسمائة اذ الشراء وقع بالفين فلا تضم الوضيعة التى وقعت بسبب الهلاك فى يد المضارب (فلو بيع) العبد المذكور بعد ذلك (باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلثة آلاف) بعد رفع المضارب حصته وهى الالف لانه لما ضمن ربع العبد كان ربعه ملكه خاصة فالالف ربعه لكون ثمنه اربعة آلاف ثم يرفع منها رأس المال وهو الفان وخمسمائة (والربح منها خمسمائة بينهما) اى بين المضارب والمالك فتكون حصة كل منهما خمسين ومائتين (ولو اشترى رب المال عبدا بخمسمائة فباعه من المضارب بالف) لا يبيعه المضارب العبد (مرابحة الا على خمسمائة) ولا يقول قام على بالف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله فيكون بيع ماله بماله فيكون كالمعدوم وكذا لو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بالف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان البيع الجارى بينهما كالمعدوم (ولو اشترى مضارب بالنصف بالف المضاربة عبدا يعدل) اى تساوى قيمته (الفين فقتل) ذلك العبد (رجلا قتلا خطأ) فامر بالدفع او الفداء فاذا دفعا العبد الى ولى المقتول انتهت المضاربة بهلاك مالهما بالدفع بلا بدل وكذا ان فديا خرج العبد عن المضاربة اما خروج حصة المضارب فلتقرر ملكه فى العبد بالفداء فصار كالقسمة واما خروج حصة المالك فلسلامة الحصة منه بضمان الفداء (فربع الفداء عليه) اى المضارب (وباقيه) وهو ثلثة ارباعه (على المالك) لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وقد كان الملك بينهما ارباعا فكذا الفداء (واذا فدى) على بناء المجهول يعنى اذا فديا صار العبد لهما ولكن (خرج عن المضاربة) فبقى ارباعا (ويخدم المضارب)

يوما والمالك ثلاثة ايام) بحكم الاشتراك بينهما لانه بحكم الفداء كانهما اشترياه ولو اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء مع ذلك فله الفداء ثم اعلم ان العبد المشترى فى المضاربة اذا جنى خطأ لا يدفع بها حتى يحضر المضارب والمالك سواء كان الارش مثل قيمة العبد واقل او اكثر وكذا لو كانت قيمته الفا لا غير لا يدفع الا بحضرتهما والحاصل انه تشترط حضرة المالك والمضارب للدفع دون الفداء الا اذا ابى المضارب الدفع والفداء وقيمته مثل رأس المال فلرب المال دفعه لتعنته فان كان احدهما غائبا وقيمة العبد الف الادرهم ففداء الحاضر كان متطوعا كما فى البحر وذكر قاضيخان ان المضارب ليس له الدفع والفداء وحده لانه ليس من احكام المضاربة فهذا كان اليهما (ولو اشترى بالف المضاربة عبدا وهلك الالف قبل نقده) اى قبل دفعه الى البايع (دفع المالك الثمن) يعنى الفا آخر (ثم) اذا جهز المالك الفا اخر ليدفعه وهلكت قبل النقد يدفع اليه نقدا اخر (وثم) كذلك الى ما لا يتناهى حتى يصل الثمن الى البايع لان هلاك الامانة كهلاكها فى يد المالك (وجميع ما دفع) المالك من الالفين والثلثة والاكثر (رأس المال) لان المال فى يد المضارب امانة دون استيفاء لان حكم الامانة ينافيه وليس فيه تضييع حق رب المال لانه يلتحق برأس المال بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء الا مرة واحدة فان قبضه بعد الشراء استيفاء فيصير مضمونا عليه فلا يرجع على الموكل مرة اخرى (ولو كان مع المضارب الفان فقال) المضارب لرب المال (دفعت الى الفا وربحت الفا وقال المالك بل دفعت اليك الالفين فالقول للمضارب) وقال زفر القول لرب المال وهو قول الامام اولا لان المضارب يدعى الربح والشركة فيه ورب المال ينكره فالقول قول المنكر ثم رجع وقال القول قول المضارب وهو قولهما لانهما اختلفا فى المقبوض والقول فى مقداره للقابض واوضمينا اعتبارا بما لو انكر اصلا فان القول له (ولو اختلفا مع ذلك) اى مع الاختلاف فى رأس المال (فى قدر الربح فللمالك) اى فالقول لرب المال فى مقدار الربح فقط لان الربح يستحق بالشرط وهو مستفاد من جهته فايهما اقام البينة على ما ادعاه من فضل قبلت وان اقاماها فالبينة بينة رب المال فى دعواه الزيادة فى رأس المال والبينة بينة المضارب فى دعواه الزيادة فى الربح (ولو قال من معه الف قد ربح فيها) الجملة حال او صفة الف (هى مضاربة زيد وقال زيد بل بضاعة) ابضعته لك (فالقول لزيد) لان من معه الف يدعى عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او الشركة فى ماله وهو ينكر فالقول قول المنكر (وكذا لو قال ذو اليد هى قرض وقال زيد) بل (بضاعة او وديعة او مضاربة) يكون القول لزيد وهو رب المال والبينة للذى فى يده المال لانه يدعى عليه تمليك الربح وهو ينكر ولو كان بالعكس بان ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالبينة بينة المضارب لان رب المال يدعى عليه الضمان وهو ينكر وايهما اقام البينة قبلت وان اقاماها فبينة رب المال اولى لانها مثبتة للضمان (ولو قال المضارب) لرب المال (اطلقت وقال المالك عينت نوعا) من التجارة (فالقول للمضارب) مع يمينه لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يصير لعارض الشرط وتقبل بينة من اقامها فان اقاماها فان وقتا وقتا قبل صاحبها يقضى بالمتأخرة وان لم يوقتا او وقتا على السواء او وقت احدهما دون الاخرى قضى بينة رب المال كما فى البحر (ولو ادعى كل) اى كل واحد من المالك والمضارب (نوعا) مغايرا لما يدعيه الاخر (فللمالك) اى القول للمالك مع يمينه لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة للمضارب لاحتياجه الى نفى الضمان ولو وقت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول كما فى الهداية فان قلت ان البينة للاثبات لا للنفى واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفى الضمان فاقام صاحب الهداية اللازم مقام الملزوم وفى المنح وان لم يوقت او وقتا على السواء او وقت احدهما دون الاخرى فالبينة للمالك وان كان المالك يدعى العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا كما فى الذخيرة (*لا خفاء فى اشتراكها مع ما قبلها فى الحكم وهو الامانة

كتاب الوديعة*)

وهى فى اللغة مشتقة من الودع وهو مطلق الترك قال عليه السلام لينتهين اقوام عن ودعهم الجماعات اى عن تركها يقال له مودع بفتح الدال ولتاركها مودع بكسرها وفى الشريعة (الايداع تسليط المالك غيره على حفظ ماله) صريحا او دلالة لما قال فى المحيط لو انفتق زق رجل فاخذه رجل ثم تركه ولم يكن المالك حاضرا يضمن لانه لما اخذه فقد التزم حفظه دلالة وان لم يأخذه ولم يدن منه لا يضمن وان كان المالك حاضرا لا يضمن فى الوجهين (والوديعة ما يترك عند الامين للحفظ) مالا كان او غيره وركنها الايجاب صريحا كقوله اودعتك هذا المال او كناية كما لو قال الرجل اعطنى الف درهم او قال رجل اعطنيه فقال اعطيتك فهذا على الوديعة كما فى المنح او فعلا كما لو وضع ثوبه بين يدى رجل ولم يقل شيئا فهو ايداع اما لو قال لم اقبله لم يضمن بالهلاك لان الدلالة لا يعارض بالصريح والقبول من المودع صريحا قوله قبلتها ونحوه او دلالة كما لو سكت عند وضعه بين يديه لما قال فى الخلاصة لو وضع كتابه عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا اذا ضاع وان قام واحد بعد واحد ضمن الاخير لانه تعين للحفظ فتعين الضمان ولهذا

كتاب الوديعة

لووضع ثيابه بمرأى الثيابى كان ايداعا وان لم يتكلم ولايكون الحمامى مودعا مادام الثيابى حاضرا فان كان غائبا فالحمامى مودع ولوقال لصاحب الخان اين اربطها فقال هناك كان ايداعا وفى البزازية لبس ثوبا بمرأى الثيابى فظن الثيابى انه ثوبه فاذاهو ثوب الغير ضمن هو الاصح ولونام الحمامى وسرق الثوب ان نام قاعدا لايضمن وان مضطجعا يضمن وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه حتى لو اودع الآبق الطير فى الهواء والمال الساقط فى البحر لايصح وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ عليه حتى لواودع صبيا فاستهلكها لم يضمن ولوكان عبدا محجورا ضمن بعد العتق كما سيأتى ولوكانت الوديعة عبدا فقتله ضمن عاقلة الصبى قيمته وخير مولى العبد بين الدفع والفداء وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال امانة فى يده ووجوب ادائه عند طلب مالكه وشرعية الايداع بقوله تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واداء الامانة لايكون الابعدها وبالسنة لانه عليه السلام كان يودع و يستودع وبالاجماع على ان قبول الوديعة من باب الاعانة وهى مندوبة لقوله تعالى وتعاونوا بالبر والتقوى وقوله عليه السلام والله فى عون العبد مادام العبد فى عون اخيه (وهى) اى الوديعة (امانة) الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص لان الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون العكس كما يقال الانسان حيوان ولايقال الحيوان انسان فالوديعة هى الاستحفاظ قصدا والامانة ما يقع فى يده من غير قصد بان هبت الريح بثوب انسان والقته فى حجر غيره وفى الوديعة يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وفى الامانة لايبرأ بعد الخلاف كما فى النهاية والكفاية وقال يعقوب باشا وفيه كلام وهو انه اذا اعتبر فى احديهما القصد وفى الاخرى عدمه كان بينهما تباين لاعموم وخصوص والاولى ان يقال والامانة قد تكون بغير قصد كما لايخفى انتهى لكن يمكن الجواب بان المراد بقوله والامانة ما يقع فى يده من غير قصد كونها بلا اعتبار قصد لان عدم القصد معتبر فيها حتى يلزم التباين بل هى اعم من الوديعة لانها تكون بالقصد فقط والامانة قد تكون بالقصد و بغيره تدبر وما فى العناية من انه قد ذكرنا ان الوديعة فى الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد فيه كلام وهو ان الامانة مباينة للوديعة بهذا المعنى لانها اعم منها لان التسليط على الحفظ فعل المودع وهو المعنى والامانة عين من الاعيان فيكونان متباينين والاولى ان يقول والوديعة ماتترك عند الامين كما فى هذا المختصر (فلايضمن) اى لايضمن المودع الوديعة بغير تعد (بالهلاك) سواء امكن التحرز عنه اولا هلك معها للمودع شئ اولا لقوله عليه السلام ليس على المستودع غير المغل ضمان ولان شرعيتها لحاجة الناس اليها ولوضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها وفى ذلك تعطيل المصالح واشتراط الضمان على الامين بط وبه يفتى كما فى اكثر المعتبرات واستثنى صاحب الدرر فقال الا ان يموت المودع مجهلا اى لم يبين حال الوديعة فانه ح يكون متعديا فيضمن كذا الامناء اى كل امين مات مجهلا لحال الامانة يضمن الامتوليا اخذ الغلة ومات مجهلا وسلطانا اودع بعض الغانمين بعض الوديعة ومات مجهلا اى بلابيان المودع وقاضيا اودع مال اليتيم ومات مجهلا بلابيان المودع انتهى لكن الاولى الموافق لما فى الخلاصة واودع بعض الغنيمة بعض الناس لكن الانحصار على الثلثة لايليق لان الوصى اذا مات مجهلا فلا ضمان عليه وكذا الاب اذا مات مجهلا مال ابنه وكذا اذا مات الوارث مجهلا مااودعه عند مورثه وكذا اذا مات مجهلا لما القته الريح فى بيته وكذا اذا مات مجهلا لما وضعه مالكه فى بيته بغير علمه وكذا اذا مات الصبى مجهلا لما اودع عنده محجورا وكذا لومات احد المتفاوضين ولم يبين حال المال الذى فى يده لم يضمن نصيب شريكه (وللمودع ان يحفظها) اى الوديعة (بنفسه) فى داره ومنزله وحانوته ولو باجارة او عارية (وعياله) من زوجته وولده ووالديه واجيره للمساكنة سواء كانوا فى نفقته اولا وكذا لوحفظت الزوجة الوديعة بزوجها فضاعت لاتضمن الزوجة لانه ساكن معها بلانفقة منها والمراد من الاجير التلميذ الخاص الذى استأجره مسانهة او مشاهرة بشرط ان يكون طعامه وكسوته عليه وولده الكبير ان كان فى عياله دون الاجير المياومة وعند الشافعى واشهب المالكى يضمن بالدفع وشرط كون من فى عياله امينا فلو دفع الى زوجته وهى غير امينة وهو غير عالم بذلك اوتركها فى بيته الذى فيه ودايع الناس وذهب فضاعت ضمن كما فى الخلاصة (وله) اى للمودع (السفر بها) اى بالوديعة (عند عدم النهى) عن المالك (والخوف) على الوديعة بالاخراج بان كان الطريق امينا لايقصد احد بسوء غالبا ولوقصده يمكنه دفعه بنفسه او برفقته هذا عند الامام سواء كان له حمل ومؤنة اولا لان الامر مطلق فلا يتقيد بالمكان كما لايتقيد بالزمان واما اذا قال احفظها فى هذا المصر ولاتخرجها منه فان كان سفرا له بد منه ضمن وان كان سفرا لابد منه ان كان فى المصر من فى عياله فكذلك لانه امكنه تركها فى اهله والالم يضمن و يضمن لو سافر بها فى البحر اجماعا (خلافا لهما فيماله حمل ومؤنة) لان الظ من حال صاحبها انه لايرضى به فيتقيد اكن قبل عند ابى يوسف

اذا كان السفر بعيدا فليس له ذلك فيماله حمل ومؤنة وعند محمد ليس له السفر بها بعيدا كان اوقريبا فيماله حمل ومؤنة وقال الشافعى ليس له ذلك فى الوجهين (وان حفظها) اى المودع الوديعة (بغيرهم) اى بغير من فى عياله فضاعت (ضمن) المودع اوذلك الغير كما فى القهستانى لان صاحبها لم يرض بيد غيره والايدى تختلف فى الامانة ولكن روى عن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس فى عياله اودفع الى امين من امنائه ممن يثق به فى ماله وليس فى عياله لايضمن وفى النهاية وعليه الفتوى ثم قال وعن هذا لم يشترط فى التحفة فى حفظ الوديعة بالعيال (الا اذا خاف) المودع (الحرق) بان وقعت نار العياذ بالله تعالى فى داره فخاف هلاك الوديعة (او) خاف (الغرق) كذلك (فدفعها) اى الوديعة (الى جاره) فى صورة الحرق (او) دفعها (الى سفينة اخرى) فى صورة الغرق فضاعت لايضمن لانه لايمكنه ان يحفظها فى هذه الحالة الا بهذا الطريق فصار مأذونا فيه دلالة ولهذا قال فى الخلاصة امرأة حضرتها الوفاة وعندها وديعة فدفعتها الى جارة لها فهلكت عندها ان لم يكن وقت وفاتها بحضرتها احد فى عيالها لايضمن وفى التبيين هذا اذا لم يمكنه ان يدفعها الى من هو فى عيالها وان امكنه ان يحفظها فى ذلك الوقت بعياله فدفعها الى الاجنبى يضمن لانه لاضرورة له فيه وكذا لو القاها فى سفينة اخرى وهلكت قبل ان يستقر فيها بان وقعت فى البحر ابتداء او بالتدحرج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله وفى المنح ان ادعى المودع التسليم الى جاره اوالى فلك اخر صدق ان علم وقوعه اى الغرق ببينة وان لم يعلم لايصدق (فان طلبها) اى الوديعة (ربها فحبسها) اى حبس المودع الوديعة (و) الحال (هو قادر على تسليمها) اى الوديعة (صار غاصبا) فيضمن ان ضاعت لوجود التعدى بمنعه وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنها بحبسه عنه وفيه اشارة الى انه لواستردها فقال لم اقدر ان احضرهذه الساعه فتركها فهلكت لم يضمن لانه بالترك صار مودعا ابتداء والى انه لواستردها فقال اطلبها غدا فلما كان من الغد قال هلكت لم يضمن ان هلكت قبل قوله اطلبها كما فى القهستانى اوالى انه لو طلب وقت الفتنة ولم يردها خوفا على نفسه او على ماله بان كان مدفونا مع ماله لايضمن كما فى شرح المجمع (وكذا) يضمن ان هلكت (لو) طلبها صاحبها (وجحده) اى جحد عند مالكها على حذف المضاف بقرينة مقابله وهو قوله بخلاف جحدها عند غيره (اياها) اى الوديعة بان قال لم تودعنى (وان) وصلية (اقر بعده) اى بعد الجحود لان بالطلب ارتفع عقد الوديعة فصار غاصبا بعده (بخلاف جحدها) اى الوديعة (عند غيره) اى غير المودع فانه لايضمن وقال زفر يضمن لان بالجحود صار غاصبا فيضمن ولنا ان انكاره عند غيبة المالك كان لحفظ الوديعة خوفا عليها من طمع طامع فلا يكون موجبا للضمان بخلاف حضرته وفيه اشارة الى انه لوقال له ماحال وديعتى عندك ليشكر على حفظها فجحدها لاضمان عليه والى ان المودع لو ادعى ان المالك وهبها منه او باعها له وانكر صاحبها ثم هلكت لايضمن كما فى الخلاصة والى ان تكون الوديعة منقولا لانها لوكانت عقارا لايضمن بالجحود عند الشيخين خلافا لمحمد كما فى التبيين وفى البحر هذا اذا نقلها من مكانها وقت الانكار لانه لولم ينقلها من مكانها حال جحوده فهلكت لاضمان عليه وقال صاحب المنح ولو جحد الوديعة ثم ادعى ردها بعد ذلك وبرهن على الرد قبل برهانه وبرئ منها قبل الجحود وقال غلطت فى الجحود اونسيت اوظننت انى دفعتها وانا صادق فى قولى لم يستودعنى فان بينته تقبل فى قول الشيخين وفى الاقضية لوقال لم يستودعنى ثم ادعى الرد والهلاك لايصدق ولوقال ليس له على شئ ثم ادعى الرد اوالهلاك يصدق وتمامه فيه فليطالع (وان خلطها) اى المودع الوديعة (بماله) بغير اذن المالك لانه ان خلطها باذنه كان شريكا فيها (بحيث لايتميز فان) خلطها (بجنسها) كخلط الحنطة بالحنطة فى غير المايع واللبن باللبن فى المايع (ضمن) المودع لانه صار مستهلكا لها واذا ضمنها ملكها (وانقطع حق المالك منها) اى من الوديعة (فى المايع وغيره عند الامام) لكن قالوا لا يباح له التناول قبل اداء الضمان قيد بكون المودع هو الخالط لانه لو كان اجنبيا اومن فى عياله لايضمن المودع والضمان على الخالط صغيرا كان او كبيرا ولايضمن ابوه لاجله كما فى الخلاصة (وعندهما فى غير المايع للمالك ان يشركه ان شاء) لان هذا الخلط استهلاك من وجه دون وجه اخر اذ لم يتعذر وصول المالك الى عين ماله حكما بالقسمة اذ القسمة فيما يكال او يوزن افراز معتبر شرعا وله ان الخلط استهلاك من كل وجه لتعذر وصول المالك الى عين ماله حقيقة فينقطع ملك المالك على المخلوط والقسمة ليست بموصلة الى عين حقه بل وسيلة الى الانقطاع ضرورة (وكذا) للمالك ان يشركه (فى المايع) ان شاء (عند محمد) لان الجنس لايغلب الجنس (وعند ابى يوسف يصير الاقل تابعا للاكثر فيه) اعتبارا للغالب اجزاء وفى التسهيل اعتراض فليطالع وعند الائمة الثلاثة فى الخلط بالجنس لايضمن (وان

خلطها (بغير جنسها) كبر بشعير وزيت بشيرج ضمن المودع (وانقطع حق المالك اجماعا) لان هذا استهلاك
حقيقة فيوجب الضمان بالاجماع وفيه اشارة الى انه لو خلط على وجه تتميز لم يضمن (وان اختلطت) الوديعة
بمال المودع (بلاصنعه) اى المودع (اشتركا) اى المودع والمودع (اجماعا) لان الضمان لايجب عليه
الا بالتعدى ولم يوجد وكانت شركة ملك فالهالك من مالهما فلم يضمن (وان تعدى) المودع (فيها) اى الوديعة
(بان كانت ثوبا فلبسه اودابة فركبها اوعبدا فاستخدمه) فهلكت (ضمن) لانه استهلاك معنى (فان ازال التعدى)
بان ترك اللبس اوالركوب اوالاستخدام سليما (زال الضمان) وعند الائمة الثلاثة لايزول لان حكم الوديعة
ارتفع بالتعدى فلا يعود اليه الا بسبب جديد فلم يوجد فلا يبرأ عن الضمان ولنا ان الشئ انما يبطل بما ينافيه
والاستعمال لاينافى الايداع ولذا صح الامر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء فاذا زال عاد حكم العقد وفى البحر انه
يزول الضمان عنه بشرط ان لايعزم على العود الى التعدى حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا ومن عزمه ان يلبسه
نهارا ثم سرق ليلا لايبرأ عن الضمان وفى المنح ان المودع اذا خالف فى الوديعة ثم عاد الى الوفاق انما يبرأ عن الضمان
اذا صدقه المالك فى العود وان كذبه لايبرأ الا ان يقيم البينة على العود الى الوفاق (بخلاف المستعير والمستأجر)
للعين اذا تعديا ثم ازالاه لايزول الضمان لان قبضهما كان لانفسهما لاستيفائهما المنافع عنها فبازالة التعدى
عن العين لم يوجد الرد الى صاحبها بخلاف المودع فان يده يد المالك حكما لكونه عاملا له فى الحفظ خلافا لزفر
اعتبارا بالوديعة (وكذا) زال الضمان (لو اودعها) اى الوديعة (ثم استردها) لمامر (ولو انفق) المودع
(بعضها) اى الوديعة (فهلك الباقى ضمن ما انفق فقط) ولا يضمن كلها لان الضمان يجب بقدر الخيانة
وقد خان فى البعض دون البعض ويعمل بقوله فى الانفاق بيمينه (وان رد مثله وخلطه بالباقى ضمن الجميع) لانه
خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذى تقدم كما فى الهداية يعنى عند الامام وعندهما ان شاء
شركه وان شاء يضمن وعند الائمة الثلاثة يضمن ما انفق فقط قيد بالانفاق ورد المثل لانه اذا اخذ بعض الوديعة
لينفقه فى حاجته فرده الى موضعه ثم ضاعت فلا ضمان عليه وتمامه فى المنح فليراجع (ولو تصرف فيها)
اى الوديعة (فربح يتصدق به) اى بالربح عند الطرفين (وعند ابى يوسف يطيب له) الربح اذا ادى الضمان
اوسلم عينها بان باعها ثم اشتراها ودفع الى مالكها ودليل الطرفين بين فى البيع (وان اودع اثنان من واحد
شيئا لايدفع) الواحد (الى احدهما) اى الى احد الاثنين (حصته بغيبة الاخر) فان دفع ضمن نصفه ان هلك
عند الامام سواء كان مثليا اوغير مثلى فى المختار لان هذا الدفع يوجب القسمة والمودع مأمور بالحفظ لا بالقسمة
(خلافا لهما) فى المثلى لان معنى الافراز فيه غالب كما ان معنى المبادلة فى غير المثلى غالب ولذا لايجوز له
الدفع فيه ويجوز فى المثلى وفيه اشارة الى انه لايجوز له الدفع حتى لو خاصمه الى القاضى لم يأمره بدفع نصيبه اليه
فى قول الامام والى انه لو دفع اليه لايكون قسمة اتفاقا حتى اذا هلك الباقى رجع صاحبه على الاخذ بحصته
والى انه يأخذ حصته منها اذا ظفر بها والى انه لو دفع وارتكب الممنوع لايضمن كما فى المنح (وان اودع) واحد (عند
اثنين ما يقسم) اى ما يمكن قسمته كالدراهم والدنانير (اقتسماه) المودعان (وحفظ كل) واحد منهما (حصته) لانه
لايمكن الاجتماع على حفظها وحفظ كل واحد منهما للنصف دلالة والثابت بالدلالة كالثابت بالنص (فان دفع
احدهما كله الى الاخر ضمن الدافع) عند الامام وكذا المرتهنان والوكيلان بالشراء اذا سلم احدهما الى الاخر
ما يمكن قسمته لان الاصل ان فعل الاثنين اذا اضيف الى ما يقبل التجزى تناول البعض لا الكل فاذا سلم
احدهما الكل الى الاخر ولم يرض المالك به ضمن (لا) يضمن (القابض) لان مودع المودع لايضمن عنده
(وعندهما لكل) واحد منهما (حفظ الكل) اى كل الوديعة (باذن الاخر) لانه رضى بامانتهما فكان لكل
واحد منهما ان يسلم الى الاخر ولا يضمنه (وان) كان ما اودع عند الاثنين (مما لا يقسم) اى مما لا يمكن قسمته
كالعبد اومما يتعيب بالقسمة كالثوب (حفظه) اى ما لا يقسم (احدهما باذن الاخر اجماعا) لان المالك رضى بثبوت
يد كل واحد منهما على الانفراد فى الكل (وان نهى) اى نهى المالك المودع (عن دفعها) اى الوديعة (الى عياله)
فدفع المودع (الى من) نهاه كان (له منه بد) وعدم احتياج اليه كدفعه الخاتم الى عبده مع ان له اهلا سواه (ضمن)
ان هلك (وان) دفعها (الى من لابد) اى لا فراق له (منه كدفع الدابة الى عبده و) كدفع (شئ يحفظه النساء الى زوجته
لايضمن) ان هلك لان الوديعة مما يحفظ بيده او بايدى عياله فى بيته فنهى المالك يعتبر ان كان النهى مفيدا اولا
يعتبر الحفظ المطلوب كما لو قال لاتدفع الى فلان من عيالك ولم يكن له عيال سواه لم يصح نهيه لانه لابد له من الدفع
وان كان له عيال غيره فدفعه الى من نهى عن دفعها اليه ضمن وعند الائمة الثلاثة لو كان الاخر دون الاول يضمن

والا فلا (وان امر) اى امر المالك المودع (بحفظها) اى الوديعة (فى بيت معين من دار) المودع (فحفظها فى غيره)
اى حفظ المودع فى بيت آخر (منها) اى من هذه الدار وكانت بيوت الدار مستوية فى الحفظ (لايضمن) المودع
لانه لايمكنه الحفظ مع مراعاة هذا الشرط فلم يكن مفيدا فلا يعتبر الشرط (الا ان كان فيه) اى فى البيت الاخر
(خلل ظاهر) بان كانت الدار التى فيها البيتان عظيمة والبيت الذى نهاه عن الحفظ مكشوف يتخوف منه فان
الشرط معتبر فيضمن لكون المعين احرز من الاخر (وان امر بحفظها فى دار فحفظ فى غيرها) اى فى غير تلك الدار
(ضمن) لتفاوت الدارين فى الاغلب فيفيد امره (ولو اودع المودع) غيره (فهلكت) الوديعة (ضمن) المودع (الاول
فقط) عند الامام لان الثانى قبض المال من يد امين اذ بالدفع لايكون ضمينا ما لم يفارقه لحضور رأيه فاذا فارقه فقد
ترك الحفظ اللازم بالتزام فيضمن بتركه والثانى مداوم على الحفظ ولم يوجد منه صنع فى هلاك المال فلا يلزمه الضمان
(وعندهما) وعند الائمة الثلاثة (ضمن ايا شاء) اى يخير المالك فى التضمين لان الاول خائن بالتسليم الى الثانى بغير اذن
المالك والثانى متعد بقبضه بغير اذنه (فان ضمن) المالك المودع (الثانى) رجع اى الثانى (على الاول) لانه عامل له بامره
فيرجع عليه بما لحقه من العهدة (لا) يرجع (بالعكس) اى ضمن المالك المودع الاول لا يرجع الاول على الثانى لانه ملك
بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه (ولو اودع الغاصب) المغصوب عند غيره (ضمن) المغصوب منه (ايا شاء) من
الغاصب ومودعه (اجماعا) لان الثانى صار مثل الاول فى التلقى منه ابتداء لعدم اذن المالك فكذا بقاء ثم مودع الغاصب ان
لم يعلم ان المودع غاصب فضمن رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك فى الظاهر وحكى ابو اليسر انه لايرجع
واليه اشار شمس الائمة (ولو اودع عند عبد محجور) لان العبد المأذون بأخذ الوديعة يضمن فى الحال اتفاقا (شيئا فاتلفه)
اى اتلف العبد ذلك الشئ (ضمنه بعد عتقه) عند الطرفين (وان) اودع (عند صبى) يعقل (فاتلفه فلا ضمان اصلا)
لا حالا ولا بعد البلوغ عند الطرفين لان المالك استحفظ من ليس باهل التزام الحفظ اما الصبى فلا يصح التزامه اصلا
فصار المالك كانه اذن باتلافه واما العبد فالتزامه لم يصح فى حق المولى نظرا فلا يضمن فى الحال وصح فى حق نفسه
لكونه مكلفا فيضمن بعد العتق كما مر (وقال ابو يوسف يضمنان) اى العبد والصبى (للحال) فيباع العبد فيه لان
محجوريتهما فى الاقوال فقط ولهذا لو استهلكا عينا قبل الايداع يضمنان هذا بالاتلاف فهما اما لو تلفت فى ايديهما
لايضمنان اتفاقا ولو اتلفا ما اودع عند الاب والمولى يضمنان اتفاقا وانما قلنا عند صبى يعقل لانه اذا كان لايعقل
لايضمن اتفاقا كذا ذكره فخر الاسلام وغيره وفى المحيط ظن بعض مشايخنا ان الخلاف فى صبى يعقل وليس الامر
كما ظنوا بل الخلاف فى كل واحد وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة كما فى شرح المجمع (وان دفع العبد الوديعة
الى مثله) اى الى عبد محجور (فهلكت) عند الثانى (ضمن الاول) اى وللمالك ان يضمن العبد الدافع (بعد العتق)
فلا يضمن الثانى عند الامام لانه مودع المودع (وعند ابى يوسف ضمن ايهما شاء للحال) اى يخير المالك فى التضمين
لان الاول متلف بالدفع والثانى متعد بقبضه بلا اذن كما مر آنفا (وعند محمد ان ضمن الاول فبعد العتق) لانه مع الامام
فى ايداع العبد المحجور (وان ضمن الثانى فللحال) لان ضمانه ضمان فعل بقبضه ملك الغير بغير اذنه فلزمه فى الحال
وفى شرح المجمع محل الخلاف اذا دفع العبد الاول الى الثانى فانه لو امر الاول الثانى بقبضه فقبضه وديعة وضاع
ليس للمالك ان يضمن الاول قبل العتق اتفاقا وفى رواية عن محمد ان الثانى يضمن بعد العتق (ومن معه الف) درهم
(فادعى كل) واحد (من اثنين ايداعها) اى الالف (عنده) اى عند من (فنكل) عن الحلف (لهما) اى لكل واحد
منهما على الانفراد بعد ان استحلفاه (فهى) اى الالف (لهما) اى للاثنين (وضمن لهما) اى للاثنين (مثلها) اى مثل
الالف لان دعواهما صحيحة فيجب عليه اليمين لهما فان حلف لهما فلا شئ لهما عليه لعدم الحجة وان حلف لاحدهما
ونكل الاخر قضى به لمن نكل له دون الاخر لوجود الحجة فى حقه دون الاخر وان نكل لهما قضى بينهما لعدم الاولوية
ثم يجب عليه الف اخرى لاقراره لهما وللقاضى ان يبدأ ايهما شاء بالتحليف والاولى القرعة فى التحليف للثانى يقول
بالله ما هذه العين له ولا قيمتها لانه لما اقر بها للاولى ثبت الحق فيها له فلا يفيد اقراره بها للثانى فلو اقتصر على الاول
لكان صادقا وفى البحر لو قال اودعنيها احدهما ولا ادرى ايهما فان اصطلحا على اخذها بينهما فلهما ذلك
ولا ضمان عليه وليس له الامتناع من التسليم بعد الصلح والا فان ادعاها كل واحد اخذها ليس له ذلك لان المقر له
مجهول ولكل ان يستحلفه فان حلف قطع دعواهما وان نكل فكمسئلة الكتاب وكذا لو قال على الف
لهذا ولهذا وفى التنوير دفع الى رجل الفا وقال ادفعها اليوم الى فلان فلم يدفعها حتى ضاعت لم يضمن
كما لو قال له احمل الى الوديعة فقال افعل ولم يفعل حتى مضى اليوم قال للمودع ادفع الوديعة الى فلان
فقال دفعت وكذبه فلان وضاعت الوديعة صدق المودع مع يمينه قال لا ادرى كيف ذهبت لايضمن

على الاصح كما لوقال ذهبت ولا ادرى كيف ذهبت وفى المنح قال لا ادرى دفنت فى دارى او فى موضع آخر
يضمن ولولم يبين مكان الدفن لكنه سرقت الوديعة من المكان المدفون فيه لا يضمن وفى العدة اذا دفن الوديعة
فى الارض ان جعل هناك علامة لا يضمن والا ضمن وفى المفازة يضمن مطلقا والله اعلم *) كتاب العارية)
اخرها عن الوديعة لان فيهما تمليكا وان اشتركا فى الامانة هى مأخوذة من العرية وهى العطية المخصوصة
بالاعيان ومستعملة فى تلك المنافع ورده المطرزى وغيره بالمشتقات استعاره منه فاعاره واستعاره الشئ على حذف
من وقيل هى منسوبة الى العار لان طلبها عيب وعار على ماقال الجوهرى وابن الاثير ورد الراغب وغيره بان العار
يائى والعارية واوية على ماصرحوا انفسهم به وفى المغرب انها منسوبة الى العارة اسم من الاعارة وفى النهاية
ان مافى المغرب هو المعول عليه لانه عليه السلام باشرا لاستعارة فلو كان العار فى طلبها لما باشرها وقيل هى
فى الاصل اسم موضع بلا نسبة كالدردى والكرسى وهى من التعاور وهو التناوب بلا تشديد فكانه يجعل للغير
نوبة ولنفسه نوبة وقيل هى اسم العين المعار وشريعة (هى) اى العارية بمعنى الاعارة لا للعارية التى هى اسم
للمعير والالم يصح حمل التمليك عليه (تمليك منفعة) من عين مع بقائها احترازعن قرض نحو الدراهم وعن البيع
والهبة (بلا بدل) احترازعن الاجارة وقال الكرخى هى اباحة الانتفاع بملك الغير لا تمليك المنفعة وهو قول الشافعى
لانها تنعقد بلفظ الاباحة و تبطل بالنهى والتمليك لا يبطل به كالهبة والاجارة ولان المستعير لا يملك الاجارة
من غيره ومن ملك المنافع ملك اجارتها ولان التمليك غير جائز مع الجهل بخلاف الاباحة اذ فيها لا يشترط ضرب المدة
ولنا ان العارية تنبئ عن التمليك لكونها من العرية هى العطية من الثمار ولذا تنعقد بلفظ التمليك وانما انعقدت
بلفظ الاباحة لانها استعيرت للتمليك بلا عوض كانعقاد الاجارة بلفظة الاباحة والنهى ليس ابطالا للملك بعد ثبوته
بل يمنع عن التمليك لانه دليل الرجوع والاسترداد وانما لا يملك المستعير الاجارة لما فيها من الضرر بالمعير لانه
ملك المستعير المنافع على وجه يتمكن من الاسترداد متى شاء فلو ملك المستعير الاجارة لم يتمكن المعير من ذلك
والجهل فيها ليس بمضر لعدم الافضاء الى النزاع لجواز رجوع المعير فى كل ساعة ولحظة والمنافع قابلة للتمليك
كما فى الوصية بخدمة العبد بضرب المدة وهى مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع وانما اختلفوا فى كونها مستحبة
وهو قول الاكثر او واجبة وهو قول البعض وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها مامر من التعاضد
المحتاج اليه المدنى بالطبع ومحاسنها النيابة عن الحق سبحانه فى اجابة المضطر لانها لا تكون الا للمحتاج كالقرض
فلهذا كانت الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر (ولا تكون) العارية (الا فيما ينتفع به مع بقاء عينه) اعلم ان الاعارة
نوعان حقيقة ومجاز فالحقيقة اعارة الاعيان التى يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والدار والعبد والدابة
والمجاز اعارة ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك عينه كالدراهم والدنانير وغيرهما من المكيلات والموزونات فتكون
اعارة صورة وقرضا معنى وعن هذا قال (واعارة المكيل والموزون والمعدود قرض) لان الانتفاع بها انما يمكن باستهلاك
عينها فاقتضى اعارتها تمليكها وذلك يكون بالهبة او القرض لكونه ادنى ضررا لانه يوجب رد المثل (الا ان عين
انتفاعا يمكن رد العين بعده) اى بعد الانتفاع كما لو استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او ليزين بها دكانا صارت
عارية لا قرضا (وتصح) العارية (باعرتك) اى جعلتها عارية لك لكونه صريحا فيها السكنى فى المضمرات ان اركانها
الايجاب والقبول وشرطها القبض (ومنحتك) هذا الثوب بمعنى اعطيتك لان هذا اذا اضيف الى ما ينتفع به مع بقاء
عينه فهو عارية اذ اصله اعطاء الشئ لاخر لينتفع به اياما ثم يرده فرو عى اصله واذا اضيف الى ما لا ينتفع به مع بقاء
عينه فهو هبة كالدراهم والدنانير والمطعوم والمشروب (واطعمتك ارضى) هذه لان الطعام اذا قارن الى ما طعم
عينه كالبر يراد به تمليك عينه واذا قارن الى ما لا يطعم كالارض يراد به اخذ غلتها اطلاقا لاسم المحل على الحال (وحملتك
على دابتى) هذه لانه يقال فى العرف حمل فلان فلانا دابته اذا اعارها اياها واذا وهبه اياها فاذا نوى احدهما صحت
نيته واذا لم ينو حمل على الادنى لئلا يلزم الاعلى بالشك ولان الحمل هو الاركاب حقيقة فكان عارية وفى الدرر
وشرح المجمع كلام تتبع (واخدمتك عبدى) لانه اذن له فى الاستخدام وهو العارية (اذا لم يرد بذلك) اى بكل
من الاطعام والحمل والاخدام (الهبة) فاذا نوى احدهما صحت نيته وان لم يكن له نية حمل على الادنى كما مر
(ودارى لك سكنى) اى من جهة السكنى لان دارى مبتدأ ولك خبره وسكنى تمييز عن النسبة الى المخاطب لان
قوله لك يحتمل تمليك العين والمنفعة وقوله سكنى محكم فى المنفعة وهو معين للثانى بحكم التفسير فيكون عارية (او
دارى لك عمرى سكنى) فعمرى مفعول مطلق لفعل محذوف تقديره اعمرتها لك عمرى والعمرى جعل الدار
لاخر مدة عمره وسكنى تمييز وتخصيص للتنصيص على العارية (وللمعير الرجوع فيها) اى فى العارية المطلقة

اوالمقيدة (متى شاء) لعدم لزومها هذا اذا لم ينقلب اجارة والا فلا يرجع كما اذا استعار امة لترضع
ابنه فارضعته فلما صار الصبى لا يأخذ ثدى غيرها فانه لا يسترد وعليه اجر مثل خادمته الى ان يفطم
وكذا لو استعار من رجل فرسا ليغزو عليه فاعاره اياه اربعة اشهر ثم لقيه بعد شهرين فى بلاد المسلمين فاراد اخذه
كان له ذلك وان لقيه فى بلاد الشرك فى موضع لا يقدر على الكراء والشراء كان للمستعير ان لا يدفعه لان هذا
ضرر بين وعلى المستعير اجر مثل الفرس من الموضع الذى طلب صاحبه الى ادنى الموضع الذى يجد فيه كراء اوشراء
(ولو هلكت) العارية (بلا تعد) من المستعير (فلا ضمان) ولو بشرط الضمان فانه شرط باطل كما فى المحيط وفى التبيين
والعارية اذا اشترط فيها الضمان يضمن عندنا فى رواية صاحب الجوهرة جزم بان العارية تصير مضمونة بشرط
الضمان ولم يقل فى رواية وفى البزازية اعرنى هذا على انه ان ضاع فانا ضامن وضاع لم يضمن انتهى وهذا اذا لم يتبين
انها مستحقة للغير فان ظهر استحقاقها ضمنها ولا رجوع له على المعير لانه متبرع وللمستحق ان يضمن المعير
واذا ضمنه لا رجوع له على المستعير ولا يملك الوالد الصغير اعارة مال ولده والعبد المأذون يملك ان يعير والمرأة اذا
اعارت شيئا من ملك الزوج فهلك ان كان شيئا داخل البيت ومايكون فى ايديهن عادة فلا ضمان على احد اما فى الفرس
والثور فيضمن المستعير والمرأة كما فى البحر وقال الشافعى واحمد يضمن اذا هلكت فى غير حالة الاستعمال لقوله
عليه السلام العارية مضمونة ولانه قبض لنفسه فصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا قوله عليه السلام ليس
على المستعير غير المغل ضمان ولانها امانة فى يده سواء هلكت من استعماله او لا وما رواه محمول على ضمان الرد
(ولا تؤجر) العارية لانها دون الاجارة والشئ لا يستتبع فوقه (ولا ترهن) لان الرهن ايفاء وليس له ان يوفى دينه
بمال غيره بغير اذنه وله ان يودع على المفتى به وهو المختار وصحح بعضهم عدمه كما فى المنح (كالوديعة) اى كما لا تؤجر ولا
ترهن الوديعة لانها امانة فلا يجوز التصرف فيها (فان آجرها) اى آجر المستعير العارية (فتلفت) اى هلكت (العارية
ضمن ايهما شاء) اى المعير مخير ان شاء يضمن المستعير لانه صار غاصبا بتعديه او يضمن المستأجر لانه قبض ملك المعير
بغير اذنه (فان ضمن) اى المعير (الموجر) اى المستعير (لا يرجع) بما غرمه (على احد) لانه بالضمان تبين انه اجر ملك
نفسه ويتصدق بالاجرة عندهما خلافا لابى يوسف (وان ضمن المستأجر رجع على الموجر) اى المستعير (ان لم يعلم)
المستأجر (انه) اى ان ما استأجره (عارية) عند موجره وهو المستعير لكونه مغرورا من جهة موجره فيرده لانه
ان علم لا يرجع لان الموجر لم يكن منه غرور وصار كالمستأجر من الغاصب اذا كان عالما بالغصب (وله) اى المستعير
(ان يعير) المعارة ان كان (ما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل على الدابة) والاستخدام والسكنى والزراعة وان
شرط المالك ان ينتفع هو بنفسه لان التقييد فيما لا يختلف غير مفيد خلافا للشافعى لان العارية اباحة المنافع عنده
فلا يملك اباحتها غيره ولنا انها تمليك المنافع فيملك ان يعيرها كما مر (لا ما يختلف) باختلاف المستعمل (كالركوب)
اى ركوب الدابة ولبس الثوب (ان عين) المعير (مستعملا) لان المعير رضى بذلك المعين دون غيره لان ركوب العسكرى
لا يكون كركوب السوقى ولبس القصاب ليس كلبس البزاز (وان لم يعين) المعير مستعملا (جاز ايضا) كما يجوز ان يعير
ما لا يختلف باختلاف الاستعمال لانه تكون الاعارة مطلقة ح (ما لم يتعين) المنتفع بفعل المستعير (فان تعين) المنتفع
بفعله (لا يجوز له) ان يعيره وفرعه بقوله (فلو ركب هو) اى المستعير (ليس له) اى للمستعير (اركاب) غيره (وان اركب)
المستعير (غيره فليس له ان يركب هو) يعنى من استعار دابة مطلقا كان له ان يحمل او يعير غيره للحمل ويركب بنفسه
او يركب غيره وايا فعل من الحمل او حمل الغير من الركوب او الاركاب فقد تعين العمل فليس بعد حمله ان يحمل
غيره ولا عكس هذا والا ضمن وكذا حكم الاركاب بعد الركوب وعكسه لتعين الركوب فى الاول والاركاب فى الثانى
وهذا الذى ذكره اختيار فخر الاسلام وقال غيره له ان يركب بعد الاركاب ويركب بعد الركوب وهو اختيار
شمس الائمة السرخسى وشيخ الاسلام كما فى العناية (وان قيدت) الاعارة (بنوع او وقت) اى قيد المعير العارية
بنوع من الانتفاع بان شرط ان ينتفع هو بنفسه او فلان معين او قيدها بوقت معين بشهر او جمعة مثلا (او بهما)
اى قيدها بالنوع والوقت جميعا (ضمن) المستعير (بالخلاف) فى واحد منها (الى شر فقط) فلم يضمن بالخلاف الى
مثل او خير كما اذا قال له احمل على هذه الدابة هذه الحنطة كان له ان يحمل عليها مثلها او دونها فى الضرر كحمل
مثل الحنطة شعيرا لان الاذن بالشئ اذن بما يساويه وبما هو خير منه وهذا استحسان والقياس يضمن لانه مخالف
عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر بخلاف ما لو قال احمل عليها عشرة اقفزة شعير فحمل عليها عشرة
اقفزة بر لان المعير لم يرض بالشئ الثقيل فيضمن لوجود التعدى (وان اطلق) المعير الانتفاع (فيهما) اى فى النوع
والوقت (فله) اى للمستعير (الانتفاع باى نوع شاء فى اى وقت شاء) عملا بالاطلاق واختلفوا فى ايداع المستعير فقال

جماعة منهم الكرخى ليس له ذلك قال الباقلانى هذا القول اصح واكثرهم على ان له ذلك منهم مشايخ العراق وابو الليث وابو بكر محمد بن الفضل و برهان الائمة قال ظهير الدين وعليه الفتوى وفى المنح وجعل الفتوى فى السراجية ايضا لكن فى الصيرفية ان القول بان العارية تودع الاتودع محله اذا كان المستعير تملك الاعارة امافيما لايملكها فلا يملك الايداع وان اختلفا فيما حمل على الدابة وفى مسافة الركوب والحمل اوفى الوقت فالقول فى ذلك كله للمعير مع يمينه (وتصح اعارة الارض للبناء والغرس) اى غرس الشجر لان منفعتها معلومة وتجوز اجارتها فكذا اعارتها بل اولى لكونها تبرعا (وله) اى للمعير (ان يرجع) عن العارية بعد ان بنى المستعير اوغرس (متى شاء) لانها غير لازمة (و يكلفه) اى المعير المستعير (قلعهما) اى قلع البناء والغرس عن الارض لانه شغل ارض المعير بهما فيؤمر بتفريغه الااذاشاء ان يأخذهما بقيمتهما فيما اذا كانت الارض تستضر بالقلع بخلاف ما اذا كانت لاتستضر بالقلع حيث لايجوز الترك الاباتفاقهما كما فى التبيين (ولايضمن) المعير مانقص من البناء والغرس بسبب القلع (ان لم يوقت) العارية اذا المستعير بنى وغرس فى محل كان لغيره حق الرجوع فاغتر بنفسه اعتمادا على الاطلاق من غير ان يسبق من المعير وعد (وان وقت) المعير وقتا معينا (ورجع قبله) اى قبل الوقت الذى عينه (كره له) اى للمعير (ذلك) الرجوع لمافيه من خلف الوعد (وضمن) المعير للمستعير (مانقص) من البناء والغرس (بالقلع) بان يقوم قائما غير مقلوع يعنى اذا كانت قيمة البناء الى الوقت المضروب عشرة دنانير مثلا واذاقلع فى الحال يكون قيمة النقص دينارين يرجع المستعير على المعير بثمانية دينار لان المعير غره بالتوقيت وقال زفر لايضمن لان التوقيت والاطلاق فيهاسواء لبطلان التأجيل فى العوارى (وقيل يضمن) المعير (قيمته) اى قيمة البناء اوالغرس ذكره الحاكم الشهيد (و يملكه) اى المعير البناء اوالغرس الاان يشاء المستعيران يرفعهما ولايضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان فى القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض كما فى الهداية وعن هذا قال (وللمستعير قلعه) اى البناء اوالغرس (بلا تضمين ان لم تنقص الارض به) اى بالقلع (كثيرا وعند ذلك) اى عند نقصان الارض كثيرا بالقلع (الخيار للمالك) بين ضمان نقصانهما وضمان قيمتهما لاللمستعير لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل كما فى الهداية وفى المحيط يضمن المعير قيمة البناء والاشجار قائمة على الارض غير مقلوعة منقوضة وان شاء المستعير قلع غرسه و بناءه ولا يضمنه اذالم يضر بالارض وان كان القلع يضر بالارض لايقلع الابرضاء صاحبها و يضمن له قيمته مقلوعا انتهى وظاهره مع ماقبله ان القلع اذالم يضر بالارض كان الخيار للمستعير بين قلعه و بين تضمين جميع القيمة وهومخالف لمافى المختصر والكنز حيث جعلاله تضمين مانقصه القلع لاتضمين جميع القيمة كما فى المنح (وان اعارها) اى الارض (للزرع لاتؤخذ منه) اى من المستعير استحسانا لان التضرير بالمؤمن حرام (حتى يحصد) الزرع بل تترك فى يده بطريق الاجارة باجر المثل كيلا تفوت منفعة ارضه مجانا (وقت) المعير (اولا) يوقت لان للزرع نهاية معلومة فكان فى الترك مراعاة الحقين وايضا فى القلع ابطال ملك المستعير وفى الترك تأخير حق تصرف المعير فيها والاول اشد ضررا فيصير الى الثانى (واجرة رد المستعار و) اجرة رد (المستأجر والوديعة والرهن والمغصوب على المستعير والموجر والمودع والمرتهن والغاصب) اما المستعار فلان رده على المستعير لانه قبض العارية لمنفعة نفسه فتكون اجرة الرد عليه واما المستأجر فلانه مقبوض لمنفعة الموجر لان الاجر سلم له فلايكون رده واجبا على المستأجر بل على الموجر فتكون مؤنة رده عليه واما الوديعة فلان منفعة حفظها عائدة له فكانت مؤنة ردها عليه واما الرهن فلان قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه واما المغصوب فلان الغاصب يجب عليه رد العين المغصوبة الى يد مالكها كما كانت فتكون عليه مؤنة ردها وفى عدة الفتاوى نفقة العبد المستعار على المستعير وكسوته على المعير (واذ رد المستعير الدابة) المستعارة (الى اصطبل ربها) اى صاحب الدابة (او) رد (العبد) المستعار (او الثوب) المستعار (الى دار مالكه برئ) عن الضمان اذا هلكت الدابة اوهلك العبد اوالثوب استحسانا والقياس ان لايبرأ لانه لم يردهم الى صاحبهم وانما ضيعهم تضييعا وهوقول الائمة الثلاثة وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف وهوالمعول عليه (بخلاف الغصب والوديعة) فان الغاصب لايبرأ الا بتسليم العين المغصوبة الى المالك لانه متعد باثبات يده فيها فلا تكون ازالتها الابالتسليم اليه حقيقة واما المودع فلايبرأ ايضا الابتسليم الوديعة الى مالكها لانها للحفظ ولم يرض بحفظ غيره اذلورضى به لمااودعها عنده (وان رد المستعير الدابة مع عبده اواجيره مشاهرة اومسانهة برئ) اذاهلكت قبل الوصول الى المالك لانه من عيال المستعير وله ردها بيد من فى عياله (وكذا ان ردها) اى الدابة (مع اجير ربها) اى رب الدابة مشاهرة ومسانهة (او) مع (عبده) اى رب الدابة برئ عن الضمان ايضا اذاهلكت استحسانا والقياس ان لايبرأ الابالتسليم الى صاحبها كما ذكرناه آنفا هذا فى زمانهم واما فى زماننا فلايبرأ الابالتسليم الى يد صاحبها كما فى الشمنى (يقوم) حال من اجيره وعبده صفته لان الجملة نكرة (على الدابة اولايقوم) وهو الصحيح

لان

لان الدابة وان لم تكن فى يده دائما الا انها تدفع اليه فى بعض الاوقات فيكون رضى المالك بدفعها اليه موجودا (بخلاف الاجنبى والاجير مياومة) فانه اذا ردها مع الاجنبى اوالاجير مياومة لايبرأ لانه لايعد من العيال فلا يرضى المالك به فيضمن ان هلكت قبل الوصول (و) بخلاف (ردشئ نفيس) كعقد اللآلى (الى دار مالكه) فانه ان هلك قبل القبض يلزم الضمان لان هذا لايعد تسليما فى العرف (و يكتب مستعير الارض للزراعة قد اطعمتنى ارضك لااعرتنى) اى اذا اعيرت الارض للزراعة واراد المستعير ان يكتب كتابا يكتب انك قد اطعمتنى ارضك ولايكتب قد اعرتنى عند الامام لان لفظ الاطعام ادل على الزراعة لان عين الارض لايطعم وانمايطعم مايحصل منها بخلاف الاعارة فيها لانها تكون للبناء (خلافا لهما) فان عندهما يكتب الاعارة لان لفظ الاعارة موضوع لهذا العقد والكتابة بالموضوع اولى واذا اعيرت الارض سكنى لاللزراعة يكتب انك اعرتنى ارضك بالاتفاق و فى التنوير ادعى ايصال الامانة الى مستحقها قبل قوله كالمودع ادعى الرد والوكيل والناظر سواء كان فى حيوة مستحقها او بعد موته الا فى الوكيل بقبض الدين اذا ادعى بعد موت الموكل انه قبضه ودفعه له فى حيوته لم يقبل الا ببينة بخلاف الوكيل بقبض العين

كتاب الهبة

(*) كتاب الهبة (*وجه المناسبة بين ماقبلها و بينها ظ لان ماقبلها تمليك المنفعة بلاعوض وهى تمليك العين كذلك وهى لغة التفضل على الغير بماينفعه ولوغيرمال كقوله تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وفى العناية انها فى اللغة عبارة عن ايصال الشئ الى الغير بماينفعه قال الله تع فهب لى من لدنك وليا انتهى وهو يرجع الى المعنى الاول و يتعدى اما باللام نحو وهبته له وحكى ابو عمرو وهبتكه كما فى القاموس وقالوا بحذف اللام منه واما بمن نحو وهبته منك على ماجاء به من احاديث كثيرة فى الصحيح كما فى دقايق النووى فظن من المطرزى انه خطأ ومن التفتازانى انه عبارة الفقهاء كما فى القهستانى وفى الشريعة (هى تمليك عين بلاعوض) هذا تعريف للهبة المحضة العارية عن شرط العوض ثم ان الهبة بشرط العوض بيع انتهاء فتثبت الشفعة والخيار كما سيأتى فلا ينتقض التعريف بالهبة بشرط العوض فعلى هذا لايلزم ماارتكبه صاحب الدرر واعتراض بعض عليه تدبر والمراد بالعين عين المال لاالعين المطلق بقرينة التمليك المضاف اليه لان العين الذى ليس بمال لايفيد الملك وكذا المراد بالتمليك هو التمليك فى الحال لان قوله وهبت لانشاء الهبة حالا كبعت فلاحاجة الى قول من قال هى تمليك مال للحال للاحتراز عن الوصية ولان العين قد لايكون مالا تدبر فخرجت عن هذا التعريف الاباحة والعارية والاجارة والبيع وهبة الدين ممن عليه الدين فان عقد الهبة اسقاط وان كان بلفظ الهبة وهى امر مندوب وصنيع محمود محبوب قال صلى الله تع عليه وسلم تهادوا وتحابوا وقبولها سنة فانه عليه السلام قبل هدية العبد وقال فى حديث البريدة هو لها صدقة ولنا هدية وقال عليه السلام لواهدى الى طعام لقبلت ولودعيت الى كراع لاجبت واليها اى الاجابة الاشارة بقوله تعالى فان طبن لكم عن شئ منه نفسا فكلوه هنيئا اى سرورا مريئا اى رضيا على الاكل وهى نوعان تمليك واسقاط وعليها الاجماع كما فى الاختيار وسببها ارادة الخير للواهب دنيوى كالعوض وحسن الثناء والمحبة من الموهوب له واخروى قال الامام ابو منصور يجب على المؤمن ان يعلم ولده الجود والاحسان كما يجب عليه ان يعلمه التوحيد والايمان اذحب الدنيا رأس كل خطيئة كما فى النهاية وشرائط صحتها فى الواهب العقل والبلوغ والملك وفى الموهوب ان يكون مقبوضا غير مشاع مميزا غير مشغول وحكمها ثبوت الملك فى العين الموهوبة غير لازم وعدم صحة خيار الشرط فيها وانها لاتبطل بالشروط الفاسدة كما سيأتى وركنها هو الايجاب والقبول وعن هذا قال (وتصح) الهبة (بايجاب وقبول) على مافى الكافى وغيره لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول وانما حنث بمجرد الايجاب فيما اذا حلف لايهب فوهب ولم يقبل لان الغرض عدم اظهار الجود وقد وجد الاظهار لكن ذكر فى الكرمانى ان الايجاب فى الهبة عقد تام والقبول ليس بركن كما اشار اليه فى الخلاصة وغيرها وفى المبسوط القبض كالقبول فى البيع ولذا لو وهب الدين من الغريم لم يفتقر الى القبول وفى القهستانى ولعل الحق هذا فان فى التأويلات التصريح بالهبة غير لازم ولذا قال اصحابنا لووضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع جاز انتهى لكن يمكن الجواب بان القبول كما يكون بالصريح يكون بالدلالة فيكون اخذه قبولا دلالة (وتتم) الهبة (بالقبض الكامل) ولو كان الموهوب شاغلا لملك الواهب لامشغولا به لقوله عليه السلام لاتجوز الهبة الامقبوضة والمراد هنا نفى الملك لاالجواز لان جوازها بدون القبض ثابت خلافا لمالك فان عنده ليس القبض بشرط الهبة قال صاحب المنح هبة الشاغل تجوز وهبة المشغول لاتجوز والاصل فى جنس هذه المسائل ان اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام الهبة مثاله وهب جرابا فيه طعام لاتجوز ولو وهب طعاما فى جراب جازت واشتغال الموهوب بملك غير الواهب هل يمنع تمام الهبة ذكر صاحب المحيط انه لايمنع فانه قال اعار دارا من انسان ثم ان المستعير غصب متاعا و وضعه فى الدار ثم وهب

المعير الدار من المستعير صحت الهبة فى الدار وكذلك لو ان المعير هو الذى غصب المتاع و وضعه فى الدار ثم وهب المعير من المستعير كانت الهبة تامة و تمامه فيه فليراجع وفى الخانية رجل وهب دارا وسلم وفيها متاع الواهب لاتجوز لان الموهوب مشغول بماليس هبة فلا يصح التسليم ولو وهبت امرأة دارها من زوجها وهى ساكنة فيها وزوجها ايضا ساكن فيها جازت الهبة و يصير الزوج قابضا للدار لان المرأة ومتاعها فى يد الزوج فصح التسليم وفى الخلاصة رجل وهب لابنه الصغير دارا والدار مشغولة بمتاع الواهب جازت ولو تصدق بدار على ابنه الصغير والاب ساكنها لاتجوز عند الامام وعندهما تجوز وعليه الفتوى والمراد بالقبض الكامل فى المنقول ماهو المناسب وفى العقار ايضا ما يناسبه فاخذ مفتاح الدار الموهوبة قبض لها بخلاف مالو وهب ثيابا فى صندوق مقفل ورفع الصندوق لايكون قبضا فلاتتم الهبة وفى الفصولين هبة المريض تبطل بموته قبل التسليم اذ الهبة فى المرض ولو كانت وصية حتى تعتبر من الثلث لكنها هبة حقيقة فلا بد من القبض ولم يوجد (فان قبض) الموهوب (فى المجلس) اى مجلس الهبة (بلا اذن) صريح من الواهب (صح) استحسانا والقياس ان لايجوز وهو قول الشافعى لانه تصرف فى ملك الغير ولايجوز الا باذنه وجه الاستحسان ان القبض كالقبول فى الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض (و بعده) اى بعد المجلس اراد به بعد الافتراق (لابد من الاذن) الصريح فلايصح القبض بعد الافتراق بلا اذن صريح لانا اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس لان الدلالة لاتعمل بمقابلة الصريح فلهذا لونهاه عن القبض لايصح قبضه لا فى المجلس ولا بعده وفى القهستانى والحاصل انه اذا اذن بالقبض صريحا يصح قبضه فى المجلس و بعده و يملكه قياسا واستحسانا ولو نهى عن القبض بعد الهبة لايصح القبض لا فى المجلس ولا بعده ولا يملكه قياسا ولو لم يأذن له بالقبض ولم ينه عنه ان قبض فى المجلس صح القبض استحسانا لا قياسا وان قبض بعد المجلس لايصح القبض قياسا واستحسانا ولو كان الموهوب غائبا فذهب وقبض فان كان القبض باذن الواهب جاز استحسانا لا قياسا وان كان بغير انه لايجوز هذا لكنه مخالف لما ذكرنا من التأويلات انتهى لكن يمكن التوفيق بان وضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع اذن بالقبض دلالة فيجوز فلا مخالفة اصلا تدبر (وتنعقد) الهبة (بوهبت) اى بقوله وهبت لانه صريح وفى الفرائد قال المص اولا وتصح بايجاب وقبول فال الى ان ركن الهبة الايجاب والقبول ثم قال وتنعقد بوهبت الى آخره ومال الى ان ركن الهبة الايجاب فقط كما ان صاحب الهداية فعل كذلك لكن يمكن الجواب بان المص بين اولا الركن فقال الايجاب والقبول ثم اراد ان يبين الفاظ الايجاب فقال وتنعقد بوهبت الخ فلا يلزم ماقاله صاحب الفرائد تدبر (ونحلت) لكثرة استعماله فيه (واعطيت واطعمتك هذا الطعام) لان الاطعام اذا نسب الى مايطعم عينه يكون هبة كما مر اطلقه فشمل ما اذا كان على وجه المزاح كما فى الخلاصة وغيرها ولو قال هبنى هذا الشئ على وجه المزاح فقال وهبت وسلم اليه جاز وعن ابن مبارك انه مر على قوم يضربون الطنبور فقال لهم هبوا هذا منى فدفعوه اليه فضرب به الارض فكسره فقالوا ياشيخ خدعتنا انتهى وشمل مالو قال لقوم قد وهبت جارية هذه لاحدكم فليأخذها من شاء فاخذها رجل منهم ملكها كما فى الخانية وكذا بقوله اذنت للناس جميعا فى تمر نخلى من اخذ شيئا فهو له فبلغ الناس فمن اخذ شيئا يملكه كما نقله صاحب البحر عن المنتقى ثم قال وظاهره ان من اخذ ولم تبلغه مقالة الواهب لايكون له كما لايخفى انتهى لكن مخالف لما مر آنفا من انه لو وضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع جاز لانه مطلق سواء بلغته المقالة اولا تأمل (وكسوتك هذا الثوب) لان الكسوة يراد بها التمليك وفى الخلاصة لو دفع الى رجل ثوبا وقال البس نفسك ففعل يكون هبة ولو دفع اليه دراهم فقال الفقها يكون قرضا (واعمرتك هذا الشئ) لقوله عليه السلام من اعمر عمرى فهو لمعمرله ولورثته من بعده ولان العمرى تمليك للحال فتثبت الهبة و يبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع ولذا لو شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه ايضا كما لو قال وهبتك هذا العبد حياتك او حياته او اعمرتك دارى هذه حياتك او اعطيتها حياتك او وهبت هذا العبد حياتك فاذا مت فهو لى واذا مت فهو لورثتى فهذه تمليك صحيح وشرطه بط (وجعلته لك عمرى) لان اللام فيه للتمليك فصار كانه قال ملكتك هذا الشئ الى آخر عمرى (ودارى لك) حال كونها (هبة تسكنها) لان اللام فى لك للتمليك ظاهرا وقوله تسكنها مشورة وتنبيه على المعنى وليس بتفسير فصار نظير قوله هذا الطعام لك تأكله (و بنيتها) اى بنية الهبة (فى حملتك على هذه الدابة) لان الحمل يستعمل فى الهبة مجازا فيحمل عليها عند النية كما مر فى العارية (وان قال دارى لك) حال كونها (هبة سكنى) لما مر ان سكنى تمييز فيصير تفسيرا لما قبله لكونه محكما فى تمليك المنفعة فتكون عارية (او) دارى لك حال كونها (سكنى هبة) لان فى هذا تمليك منفعة (او) دارى لك حال كونها (نحلى) على وزن حبلى العطية (سكنى) فتقديره نحلتها نحلة

سكنى

سكنى فسكنى يرفع الابهام (او) دارى لك حال كونها (سكنى صدقة) فسكنى يقرر تمليك المنفعة (او) دارى لك حال كونها (صدقة عارية) لان العارية تمييز فيصير تفسيرا لما قبله (او) دارى لك (عارية) هبة اى دارى لك بطريق العارية حال كون منافعها هبة لك لان قول العارية صريح فى تمليك المنفعة (فعارية) اى فجميع هذه العبارات تكون عارية لا هبة (وتصح هبة مشاع لايحتمل القسمة) اى ليس من شانه ان يقسم بمعنى لايبقى منتفعا به بعد القسمة اصلا كعبد ودابة ولايبقى منتفعا به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذى كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام (لا) اى لاتصح هبة (ما) اى مشاع (يحتملها) اى القسمة على وجه ينتفع به بعد القسمة كما قبلها كالارض والثوب والدار ونحو ذلك ولو كانت الهبة لشريك الواهب لان القبض فى الهبة منصوص عليه فيشترط كماله والمشاع لايقبل القبض الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب فلم يوجد القبض الكامل فاكتفى بالقبض القاصر ضرورة ولايجوز فيما يحتمل القسمة خلافا للبيع فانه جائز فيهما وقالت الائمة الثلاثة الهبة عقد تمليك فتجوز فى المشاع وغيره كالبيع بانواعه واراد المص بالشيوع المانع الشيوع المقارن للعقد لا الطارى كان يرجع الواهب فى بعض الهبة شايعا فانه لايفسدها اما الاستحقاق فيفسد الكل لانه مقارن لا طار فيد بالهبة لان الرهن يبطله الشيوع الطارى كالمقارن كما فى البحر وفى الدرر اعتراض على صدر الشريعة فى هذا المحل فليراجع (فان قسم) اى افرز الجزء الموهوب المشاع (وسلم) الى الموهوب له (صح) العقد لحصول الشرط بعد رفع الشيوع وهو كمال الشيوع ولو سلمه شايعا حتى لاينفذ تصرفه فيه و يكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب كما فى الدرر وفى المنح هبة المشاع اذا فسدت لاتفيد الملك وان قبض الجملة روى ذلك عن ابى يوسف وهو الصحيح وفى الخلاصة الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض ولايثبت الملك للموهوب له بالقبض هو المختار وفى جامع الفصولين والبزازية ان الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض و به يفتى فقد اختلفت التصحيح لكن لفظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح كما افاده فى بعض المعتبرات (ولاتصح هبة دقيق فى بر (و) هبة (دهن فى سمسم وسمن فى لبن وان) وصلية (طحن البر واستخرج) الدهن من السمسم والسمن من اللبن (وسلم) لان الموهوب معدوم وقت الهبة والمعدوم ليس بمحل للملك بخلاف المشاع اذ هو محل له حيث كان موجودا وقت العقد الا انه يتوقف على القسمة والتسليم وذلك لاينافى العقد (وهبة لبن فى ضرع وصوف على غنم ونخل وزرع فى ارض وتمر فى نخل كهبة المشاع) لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشايع حتى اذا فصلت هذه الاشياء عن ملك الواهب وسلمت صحت بخلاف مالو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة لاتجوز لان فى وجوده احتمالا فصار كالمعدوم وفى الكافى او وهب زرعا فى ارض وتمرا فى شجر وامره بالحصاد والجذاذ جاز استحسانا و يجعل كانه وهبه بعد الحصاد والجذاذ (وهبة شئ هو فى يد الموهوب له تم بلا تجديد قبض) لتحقق شرط الهبة وهو القبض لان القبض الواجب بالهبة قبض امانة فينوب عنه كل قبض بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض فيه مضمون فلاينوب عنه قبض امانة فيلزمه قبض جديد وفى اطلاقه شامل لما اذا كانت فى يده امانة او مضمونة ولو وديعة كانه بعد الهبة لم يكن عاملا للمالك فاعتبرت يد الحقيقة (وهبة الاب لطفله تم بالعقد) لانه فى قبض الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه (ان كان الموهوب فى يد الاب) فلايحتاج الى قبض جديد سواء كان فى عياله اولا لكن يلزم الاشهاد وعليه الاحتياط والتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته (او) فى (يد مودعه) لان يد المودع كيد المالك (لا ان كان) الموهوب (فى يد غاصب) اى لو غصب عبده مثلا غاصب فوهب لابنه الصغير وهو فى يد الغاصب لاتتم الهبة بمجرد العقد لانه ليس فى يد الاب حقيقة وحكما لكونه مضمونا والضمان انما يكون بتفويت اليد (او) فى يد (مبتاع بيعا فاسدا) اى لو باعه بيعا فاسدا وسلم ثم وهبه لابنه الصغير لاتجوز (او) فى يد (متهب) معناه لو وهب لاخر بلا عوض ثم وهبه لابنه الصغير لاتجوز وهو ظاهر لكن فى عامة المعتبرات او فى يد مرتهن مكان متهب يعنى لو رهن لآخر ثم وهب لطفله لاتتم الهبة بمجرد العقد تتبع (والصدقة فى ذلك كالهبة) والمراد من الصدقة هنا التصدق لابنه فقط والا يلزم التكرار لان المص ذكر مطلق الصدقة فى آخر هذا الكتاب فعلى هذا تفسير صاحب الفرائد فى هذا المحل مطلقا ليس بشئ تتبع (والام كالاب) فى ان هبتها لطفلها تم بالعقد (عند غيبته) اى الاب غيبة منقطعة وتفسيرها تقدم فى باب الاولياء (او موته) اى الاب (وعدم وصية ان كان الطفل فى عيالها) لان للام ولاية الحفظ اذا كان فى حجرها لكن بشرط غيبة الاب غيبة منقطعة او موته وعدم وصيه لانه عند حضور الاب او الوصى لايكون للام ذلك ولو فى حجرها (وكذا كل من يعول الطفل) كالعم والاخ لان هذا محض نفع للطفل ولانه لما كان له تأديبه وتسليمه فى حرفة كان له التصرف النافع بتمليكه بمجرد الهبة اذا كان فى يده كما فى الاب عند عدم الاب (وهبة الاجنبى له) اى للطفل (تم بقبضه) اى بقبض الطفل (لو)

كان (عاقلا) اى مميزا يعقل التحصيل ولو ابوه حيا لانه فى التصرف النافع يلحق بالبالغ العاقل وفى البحر
من وهب لصغير يعبر عن نفسه شيئا فرده يصح كما يصح قبوله وفى السراجية من وهب للصغير شيئا له ان يرجع فيه
وليس للاب التعويض من مال الصغير وفى الخانية ويبع القاضى ماوهب للصغير حتى لا يرجع الواهب فى هبته
(وتتم) ايضا (بقبض ابيه) حال صغره (اوجده او وصى احدهما) اى بقبض وصى الاب او وصى الجد الصحيح
سواء كان الصغير فى حجرهم اولا لان لهؤلاء ولاية على اليتيم اما الاب فظ واما غيره من الجد والوصى فلقيامهم
مقام الاب (او) بقبض (امه) ان كان الطفل (فى حجرها) لمامر وفى الخلاصة ويباح للوالدين ان يأكلا
من المأكول الموهوب للصغير فافاد ان غير المأكول لايباح لهما الا عند الاحتياج واشار الى ماعلم انما وهب
للصغير يكون ملكا له اما لو اتخذ الاب وليمة للختان فاهدى الناس هدايا ووضعوا بين يدى الولد فان كانت الهبة
تصلح للصبى مثل ثياب الصبيان او شئ يستعمله الصبيان فالهدية للصبى والا ينظر ان كان من اقرباء الاب او معارفه
فهو للاب وان كان من اقرباء الام او معارفها فهو للام سواء كان المهدى يقول عند الهدية هذا للصبى ام لا
وهذا اذا لم يقل المهدى هذا له اولها وكذا لو اتخذ الوليمة لزفاف بنته كامر وفى السراجية وينبغى ان يعدل بين اولاده
فى العطايا والعدل عند ابى يوسف ان يعطيهم على السواء هو المختار كما فى الخلاصة وعند محمد يعطيهم على
سبيل المواريث وان كان بعض اولاده مشتغلا بالعلم دون الكسب لابأس بان يفضله على غيره وعلى جواب المتأخرين
لابأس بان يعطى من اولاده من كان عالما متأدبا ولا يعطى منهم من كان فاسقا فاجرا (او) بقبض (اجنبى يربيه) و يحجره
لان له عليه يدا معتبرة حتى لايتمكن اجنبى اخران ينزعه من يده فيملك النفع فى حقه (او) تتم (بقبض زوج الطفلة لها)
اى للطفلة (ولو) وصلية (مع حضرة الاب بعد الزفاف) اى بعد ان زفت الصغيرة اليه فى الصحيح لان الاب اقامه
مقام نفسه فى حفظها وقبض الهبة منه ولو قبضه الاب ايضا صح لان الولاية له واشتراط الزفاف لثبوت ولاية الزوج
لانه انما يملكه باعتبار انه يعولها وذلك بعد الزفاف (لاقبله) اى لا يصح قبض الزوج قبل الزفاف لانه لايعولها
قبله ولايشترط ان يكون ممايجامع مثلها فى الصحيح (وصح هبة اثنين لواحد دارا) لانها سلمت جملة وقبضت جملة
فلاشيوع وفيه اشعار بان هبة الاثنين للاثنين لاتجوز (لاعكسه) اى لاتصح هبة الواحد للاثنين عند الامام وزفر
لان هذه هبة النصف من كل واحد فثبت الشيوع والقبض فى المشاع لايتحقق بخلاف الرهن لان حكم الحبس
بالدين وهو ثابت لكل واحد منهما بكماله وقال يعقوب باشا رجل وهب من رجلين شيئا يحتمل القسمة فالهبة
فاسدة وليست باطلة عند الامام فاذا قبضا ثبت لهما الملك على قول وبه يفتى كما فى الذخيرة ويعلم من هذا ان المراد
من عدم الصحة الفساد لا البطلان كما لا يخفى فليتأمل انتهى (خلافا لهما) فان عندهما تصح نظرا الى انه
عقد واحد فلاشيوع كما اذا رهن من رجلين وفى السراجية وهب من رجلين درهما صحيحا تجوز وعليه الفتوى
لانها هبة مشاع لايقسم وانما قيدنا بالصحيح لان المغشوش فى حكم العروض فيكون ممايقسم فلاتصح هبته
للرجلين للشيوع (وصح تصدق عشرة) دراهم (على فقيرين وهبتها) اى هبة عشرة دراهم (لهما) اى لفقيرين
(ولايصحان) اى لا يصح التصدق بعشرة ولاهبتها (لغنيين) هذا رواية الجامع الصغير جعل كل واحد منهما
مجازا عن الاخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين هبة وفرق بين الهبة والصدقة
فى الحكم حيث اجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة والجامع بينهما ان كلا منهما تمليك بلا عوض فجازت الاستعارة
والفرق ان الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة فيكون تمليكا من اثنين
ولهذا لو اوصى ثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله وهو معلوم ولو اوصى به
للاغنياء غير معينين لايجوز وفى الاصل سوى بينهما فوجب ان يمنع فى البابين فكان فى المسئلة روايتان
وقيل المراد بالصدقة المذكورة فى الاصل الصدقة على غنيين فلا مخالفة بين الروايتين وهذا كله على قول الامام
خلافا لهما) فان عندهما الهبة من شخص جائزة فالصدقة اولى (* باب الرجوع فيها *) اى فى الهبة باب الرجوع فيها
قد ذكرنا ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج الى ذكر
ذلك فى باب على حدة فقال (يصح الرجوع فيها) اى فى الهبة بعد القبض ولو مع اسقاط حقه من الرجوع بان قال
اسقطت حقى من الرجوع (كلا وبعضا) مالم يمنع مانع من الموانع الاتية وعند الائمة الثلاثة لايصح الرجوع فى الهبة
الا الوالد فيما وهب لولده لقوله عليه السلام لايرجع الواهب فى هبته الا الوالد فيما يعطى لولده والعائد فى هبته
كالكلب يعود فى قيئه وفى رواية لايحل لواهب ان يرجع فى هبته ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته مالم
يثب عنها اى مالم يعوض والمراد به بعد التسليم لانها لاتكون هبة حقيقة قبله فلهذا قيدنا بعد القبض وتأويل ماروه

ان

ان الواهب لايستبد بالرجوع من غير تراض ولاحكم حاكم الا الوالد فان له ان يأخذ من ابنه عند الحاجة من غير رضاء
ولاقضاء كسائر اموال ابنه (و يكره) اى الرجوع تحريما لان الامام الزاهدى قد وصف الرجوع بالقبح وكذا الحدادى
وكثير من الشارحين ولايقال للمكروه تنزيها قبيح لانه من قبيل المباح اوقريب منه كما فى المنح (ويمنع منه) اى
من الرجوع (حروف دمع خزقة) اخذها من بيت شعر قيل فيه وهو قوله ومانع عن الرجوع فى الهبة ياصاحبى حروف
دمع خزقة وفى خزانة الفقه اثنى عشر ينقطع به حق الرجوع اذا كان الموهوب له ذارحم محرم منه اوكانت زوجته
اوكان زوجها اوكان اجنبيا وعوضها وقال خذ هذا عوض هبتك او بدلا عنها اوجزاء عنها اومكافاة عنها اوفى
مقابلها اومات احدهما اوخرج عن ملكه اوزاد فيها زيادة متصلة بان كان عبدا صغيرا فكبر اوكان مهزولا فسمن
اوكانت ارضا فبنى فيها اوكان ثوبا فخاطه اوصنعه صنعا زيدا وغيره بان كان حنطة فطحنها اودقيقا فخبزه اوسويقا فلته
بسمن اوكان لبنا فاتخذه جبنا اوسمنا اواقطا اوكانت جارية فعلمها القرأن والكتابة والمشط تسعة اشياء لاينقطع به
حق الرجوع اذا زادت قيمته اوولدت الموهوبة يرجع فى الام دون الولد اواثمرت الشجرة يرجع فى الشجر دون الثمر
اوكان ثوبا فقطعه ولم يخطه اوكان دارا فانهدم شئ منها اووهب لبنى عمه اوفى مرضه لورثته ثم مات الواهب عقبه
فلورثته الرجوع فيه اووهب لاخيه ولاجنبى عبدا يرجع فى نصيب الاجنبى اواستحق العوض يرجع فى الهبة
اواستحق الهبة يرجع فى العوض انتهى ثم شرع ان يبين ذلك بالفاء التفصيلية بقوله (فالدال) من هذه الحروف
(الزيادة المتصلة) بالموهوب (كالبناء) على الارض اذا كان يوجب زيادة فى الارض وان كان لايوجب لايمنع الرجوع
وان كان يوجب فى قطعة منها بان كانت الارض كبيرة بحيث لايعد مثله زيادة فيها كلها امتنع من تلك القطعة
دون غيرها كما فى التبيين وفى السراجية اذا وهب ارضا فبنى الموهوب له فيها بناء بطل الرجوع ولو زال عاد حق الرجوع
(والغرس) وفى المنح رجل وهب لرجل ارضا بيضاء انبت فى ناحية منها نخلا او بنى فيها بيتا ودكانا كان ذلك زيادة فيها
وليس له ان يرجع فى شئ منها (والسمن) بان كان الموهوب هزالا فسمن عند الموهوب له واحترز بالمتصلة عن الزيادة
المنفصلة وعن هذا قال (لا المنفصلة) كالولد والارش والعقر فانه يرجع فى الاصل دون الزيادة قيد بالزيادة لان النقصان
كالحبل وقطع الثوب بفعل الموهوب اولا غير مانع لما فى التبيين من انه لايرجع فى الجارية الموهوبة اذا ولدت حتى يستغنى
ولدها فاذا حبلت ولم تزد فللواهب الرجوع فيها لانه نقصان انتهى لكن يخالف ما فى السراج من انه لو وهب له جارية
فحبلت فى يد الموهوب له فاراد الرجوع فيها قبل انفصال الولد لم يكن له ذلك لانها متصلة بزيادة لم تكن موهوبة
تتبع ثم المراد بالاتصال هو ان يكون فى نفس الموهوب شئ يوجب زيادة فى القيمة كما فى المذكور فى المتن وكالجمال والخياطة
والصبغ ونحو ذلك وان زاد من حيث السعر فله الرجوع لانه لازيادة للعين وكذا اذا زاد فى نفسه من غير ان يزيد
فى القيمة كما اذا طال الغلام الموهوب لانه نقصان فى الحقيقة فلايمنع الرجوع ولو نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت
قيمته واحتاج فيه الى مؤنة النقل عندهما ينقطع الرجوع خلافا لابى يوسف ولو وهب عبدا كافرا فاسلم فى يد
الموهوب له اووهب عبدا حلال الدم فعفى ولى الجناية وهو فى يد الموهوب له لايرجع ولوكانت الجناية خطأ ففداه
الموهوب له لايمنع الرجوع ولايسترد منه الفداء ولو علم الموهوب له العبد القرأن او الكتابة او الصنعة لم يمنع الرجوع
لان هذه ليست زيادة فى العين فاشبهت الزيادة فى السعر وفيه خلاف زفر وروى الخلاف فى العكس ولو اختلفا
فى الزيادة فالقول للواهب لانه ينكر لزوم العقد كما فى التبيين وشرح الكنز للعينى وفى الخانية ولو علم القرأن او الكتابة
او القرأة اوكانت اعجمية فعلمها الكلام اوشيئا من الحروف لايرجع الواهب فى هبته لحدوث الزيادة فى العين انتهى
هذا يخالف ما فى التبيين كما فى المنح وفيه كلام لان صاحب التبيين اشار الى ما فى الخانية فقال ويروى الخلاف فى العكس
تدبر ولو ان مريضا وهب لرجل جارية فوطئها الموهوب له ثم مات الواهب وعليه دين مستغرق ترد الهبة ويجب
على الموهوب له العقر هو المختار (والميم موت احد العاقدين) اما موت الموهوب له فلخروج الموهوب عن ملكه وانتقاله
الى وارثه واما موت الواهب فلتعذر الرجوع عنه والوارث ليس بواهب والنص فى حق الواهب هذا اذا كان بعد
التسليم لانه قبل التسليم بطلت لعدم الملك ورجوع المستأمن الى دار الحرب بعد الهبة قبل القبض مبطل لها
كالموت فان كان الحربى اذن للمسلم فى قبضه وقبضه بعد رجوعه الى دار الحرب جاز استحسانا (والعين العوض
المضاف اليها) اى الى الهبة (اذا قبض) الواهب العوض وفسره بقوله (نحو خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها)
اى عن هبتك (او) خذه (فى مقابلتها) اى مقابلة الهبة لان الشرط فى كونه عوضا ان يذكر لفظا يعلم الواهب انه
عوض (ولو) وصلية (كان) التعويض (من اجنبى) اى جاز العوض من اجنبى وسقط حق الواهب فى الرجوع
فى الهبة اذا قبض العوض لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبى كبدل الخلع ولو كان التعويض بغير

اذن الموهوب له ولا رجوع للعوض على موهوب له (ولو كان شريكه) سواء كان باذنه اولا لان التعويض ليس بواجب عليه فصار كالوامر ان يتبرع لانسان الا اذا قال على انى ضامن (فلو لم يضف) اى لم يقل الموهوب له خذ عوض هبتك يكون فعله هبة مبتدأة لا عوضا فيشترط فيه ما يشترط فى الهبة من القبض (فلكل) واحد منهما (ان يرجع فيما وهب) وفى المبسوط هذا اسواء كانت الهبة شيئا قليلا او كثيرا وسواء كان العوض من جنسها او من غير جنسها لانها ليست بمعاوضة محضة حتى يتحقق فيها الربوا وانما هى لقطع الرجوع (والخاء الخروج) اى خروج العين الموهوبة (عن ملك الموهوب له) بسبب من اسباب الملك كالبيع والهبة فان تبدل الملك كتبدل العين فلو ضحى الشاة الموهبة اونذر التصدق بها وصارت لحما لا يمنع الرجوع عند الطرفين خلافا لابى يوسف (والزاء الزوجية) اى الزوجية مانعة من الرجوع لان المق فيها الصلة اى الاحسان كما فى القرابة (وقت الهبة فله الرجوع لو وهب ثم نكح) لانها لم تكن زوجة وقت الهبة (لا) يرجع (لو وهب ثم ابان) لوجود الزوجية المانعة وقت الهبة (والقاف القرابة) لان المق منها صلة الرحم وقد حصل وفى الرجوع قطيعة الرحم فلا يرجع سواء كان القريب مسلما او كافرا ثم فسر القرابة بقوله (فلا رجوع فيما وهب لذى رحم محرم) من الواهب وان وهب لمحرم بلا رحم كاخيه من الرضاع وامهات النساء والربائب وازواج البنين والبنات لا يمنع الرجوع وقيد بالمحرم لان الرحم بلا محرم كابن عمه لا يمنع الرجوع ولو وهب لعبد اخيه اولاخيه وهو عبد لاجنبى فانه يرجع فيها عند الامام وقالا لا يرجع فى الاولى ويرجع فى الثانية ولو كانا اى العبد ومولاه ذا رحم محرم من الواهب فلا رجوع فيها اى فى الهبة للواهب اتفاقا على الاصح (والهاء هلاك الموهوب) فانه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك اذ هو غير مضمون عليه (والقول فيه) اى فى الهلاك (قول الموهوب له) لانه منكر لوجوب الرد عليه فاشبه المودع وفى الخلاصة لو قال الموهوب له هلكت فالقول قوله ولا يمين عليه وان قال الواهب هى هذه حلف المنكر انها ليست هذه كما يحلف الواهب ان الموهوب له ليس باخيه اذا ادعى الاخ عليه ذلك كما فى المنح (وفى الزيادة قول الواهب) اى لو ادعى الموهوب له ازدياد ما فى يده زيادة متصلة وانكرها الواهب فيكون القول له خلافا لزفر (ولو عوض) الموهوب له (فاستحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لان نصف العوض عوض عن نصف الهبة فلما لم يسلم له نصف الهبة يرجع بنصف العوض كما فى البيع (وان استحق نصف العوض لا يرجع) الواهب (بشئ حتى يرد باقيه) اى باقى العوض لان العوض ليس ببدل حقيقة بدليل انه يجوز ان يعوضه اقل من جنسه فى المقدارات ولو كان معاوضة لما جاز للربوا وانما اعطاه ليسقط حقه فى الرجوع كما مر آنفا الا انه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء رضى بما بقى من العوض وان شاء رد الباقى عليه ويرجع فى الهبة خلافا لزفر اذ عنده يرجع بالنصف اعتبارا بالموهوب (وان استحق الكل رجع بالكل فيهما) اى لو استحق كل الهبة كان للموهوب له ان يرجع فى جميع العوض ان كان قائما وبمثله ان هالكا وهو مثلى وبقيمته ان قيميا ولو استحق كل العوض حيث يرجع فى كل الهبة ان كانت قائمة لا ان هالكة ويشترط ان لا تزداد العين الموهوبة فلو استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع كما فى الخلاصة (ولو عوض عن نصفها) اى الهبة (فله) اى للواهب (ان يرجع بما لم يعوض) لان المانع قد خص النصف غاية ما فيه انه يلزم منه الشيوع فى الهبة لكنه طارفلا يضره وفى المنح نقلا عن المجتبى ان العوض المانع من الرجوع هو المشروط فى عقد الهبة اما اذا عوضه بعده فلا ولم ار من صرح به غيره وفروع المذهب فى هذا الباب مطلقة عن هذا الشرط منها ما تقدم من ان دقيق الحنطة يصلح عوضا عنها ومن انه لو عوضه ولد احد جاريتين موهوبتين وجد بعد الهبة فانه يمنع الرجوع وتمامه فيه فليطالع (ولو خرج نصفها) اى نصف الهبة (عن ملكه) اى الموهوب له (فله) اى للواهب (ان يرجع بما لم يخرج) عن ملكه لان المانع من الرجوع وهو الخروج عن ملكه لم يوجد الا فى النصف فيتقدر الامتناع بقدره ولان له الرجوع فى كل الهبة ففى النصف اولى ان يرجع اذا لم يعوض (ولا يصح الرجوع) عن الهبة (الا بتراض) من الطرفين (او حكم قاض) بالرجوع او لاية على العامة ولولايتهما على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اذ فى حصول المق وعدمه خفاء لان من الجائز ان يكون المراد الثواب والتحبب وعلى هذا لا يرجع لحصول المرام ومن الجائز ان يكون المراد العوض وعلى هذا يرجع فلا بد من الالزام والقضاء وعند الائمة الثلاثة يصح بدونهما ثم فرعه بقوله (فلو اعتق الموهوب له) العبد الموهوب (بعد الرجوع قبل القضاء والتسليم نفذ) اعتاقه لانه لا يخرج عن ملك الموهوب له الا بالقضاء والرضاء فيصح اعتاقه قبلها (ولو منعه) اى منع الموهوب له الموهوب عن الواهب بعد ان يرجع قبل القضاء او بعده (فهلك) الموهوب فى يد الموهوب له (لا يضمن) لان يده غير مضمونة الا اذا طلبه بعد القضاء فمنعه منع القدرة على التسليم فحينئذ يكون يده يد ضمان لمنعه بعد طلبه فظهر الفرق

بين المنع بعد الرجوع وبين المنع بعد الطلب (وهو) اى الرجوع (مع احدهما) اى مع التراضى او قضاء القاضى (فسخ) لعقد الهبة (من الاصل) اواعادة للملك القديم (لا هبة من الموهوب له) وعند زفر الرجوع بالتراضى عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة ولنا ان عقد الهبة وقع جائزا موجبا لحق الفسخ فاذا رجع الواهب كان مستوفيا لحق ثابت له بالعقد لان العقد وقع غير لازم لا ابتداء لعقد جديد ثم فرعه بقوله (فلا يشترط قبضه) اى الواهب لان القبض انما يعتمد فى انتقال الملك لا فى عوده الى الملك القديم (وصح) اى الرجوع (فى المشاع) القابل للقسمة بان وهب دارا ورجع فى نصفها ولو كان هبة مبتدأة لما صح فى المشاع القابل للقسمة وان تلف الموهوب) عند الموهوب له (فاستحق) مستحق (فضمن الموهوب له) قيمته للمستحق (لا يرجع على واهبه بما ضمن لان العقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرور بخلاف الوديعة لان المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لان عقد المعاوضة يقتضى السلامة والاعارة كالهبة هنا كما فى التنوير (والهبة بشرط العوض هبة ابتداء) اى فى ابتداء العقد (فشرط القبض فى العوضين) لان القبض شرط فى الهبة لما مر وكل واحد منهما واهب من وجه (ومنعها) اى الهبة (الشيوع) فيما يحتمل القسمة (فى احدهما) اى فى احد العوضين لما مر من هبة المشاع لا تصح (بيع انتهاء) اى فى انتهاء العقد بعد التقابض (فتثبت الشفعة) اذا كان عقارا كما مر (وخيار العيب والشرط والرؤية فى كل واحد منهما) والفاء فى قوله فشرط وفى قوله فتثبت نتيجة ما قبلهما من الكلام وعند زفر والائمة الثلاثة بيع مطلقا اى ابتداء وانتهاء لانها تمليك ببدل من الابتداء فكان بيعا ولنا انه اشتمل على وجهين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه فيجرى فيه احكام الهبة وانتهاؤه معتبرا بمعناه فيجرى فيه احكام البيع ولا منافاة بين الحكمين لان الهبة من حكمها تأخير الملك الى القبض ومن حكم البيع اللزوم وقد ينقلب الهبة البيع بالتعويض هذا اذا ذكره بكلمة على بان يقول وهبتك ذا على ان تعوضنى كذا اذ لو قال وهبتك بكذا فهو بيع اجماعا كما فى الحقايق والغاية وظاهره انه بيع ابتداء وانتهاء كما فى البحر وفيه اشعار بانه اذا كان حرف الشرط كلمة ان بان يقول وهبتك كذا ان كان كذا ينبغى ان تكون الهبة باطلة كالبيع

فصل (* فى بيان احكام مسائل متفرقة *) (ومن وهب امة الا حملها او) وهبها (على) شرط (ان يردها) اى يرد الموهوب له الامة (عليه) اى على الواهب (او) على ان (يعتقها او) على ان (يستولدها) اى يتخذ الامة ام ولد (صحت الهبة) فى الصور كلها (وبطل الاستثناء) لانه لا يعمل الا فى محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل فى الحمل قصدا لان ما فى البطن ليس بمال ولا يعلم وجوده حقيقة فتصح فيهما وفى الجنين لا يجوز لانه جزء منها فلا يجوز استثناؤه بخلاف الوصية لان افراد الحمل بالوصية جائز وكذا استثناؤه (و) بطل (الشرط) فى الصور الباقية لكونه مخالفا بمقتضى العقد والتمليك فيكون فاسدا والهبة لا تفسد بالشرط الفاسد كما مر (وكذا) تصح الهبة و يبطل الشرط (لو وهب دارا على ان يرد) اى الموهوب له (عليه) اى على الواهب (بعضها) اى الدار (او) على ان (يعوضه شيئا منها) اى من الدار واعترض الزيلعى تبعا لصاحب النهاية على قولهم او يعوضه شيئا منها بان المراد به اما الهبة بشرط العوض فهى والشرط جائزان فلا يستقيم قوله و بطل الشرط وان اراد ان يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد شيئا منها انتهى واجاب صاحب الدرر بان يختار الشق الاول وقوله فهى والشرط جائزان ممنوع وانما يجوز اذا كان العوض معلوما كما عرفت من المباحث السابقة وصرح به بعض شراح الهداية وكذا الحال فى الصدقة انتهى لكن ان ما جعل مبنى الجواب من كون العوض المجهول شرطا فاسدا موافق للخانية فى مسئلة هبة الارض بشرط انفاق ما يخرج منها على الواهب لكنه مخالف لما قاله التمرتاشى من انه لو وهب بشرط العوض ولم يسم العوض جاز لان الهبة تقتضى عوضا مجهولا وقد اجاب بعض الفضلاء بانا نختار الشق الثانى ولا تكرار لان فى عبارة العوض مظنة الصحة كما لا يخفى لكن الاولى ما فى شرح الكنز للعينى من انه لا يلزم التكرار اصلا لان قوله على ان يرد عليه شيئا منها لا يستلزم ان يكون عوضا لان كونه عوضا انما هو بالفاظ مخصوصة فيجوز ان يكون ردا ولا يكون عوضا لعدم الاستلزام واما قوله او يعوضه شيئا منها فصريح بالعوض ولا شك انهما متغايران (ولو دبره الحمل ثم وهبها) اى الامة (فالهبة باطلة) لان المدبر يبقى على ملك الواهب الى موته فصار كهبة المشاع (بخلاف ما) لو (اعتقه) اى الحمل (ثم وهبها) اى الامة فانه يجوز العتق فى الولد والهبة فى الامة لان الجنين لم يبق على ملك الواهب فلم تشتغل الامة غير حضانة الولد (ومن قال لمديونه اذا جاء غد فالدين لك او قال فانت برئ منه) اى من الدين (او) قال (ان اديت الى نصفه) اى الدين (فالباقى) اى النصف الآخر (لك او) قال له ان اديت الى

نصفه (فانت برئ منه) اى من النصف الباقى (فهو بط) لان الابراء تمليك من وجه واسقاط من وجه ولهذا
يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق
وهذا تمليك من وجه فلا يجوز تعليقه بالشرط فيبطل بخلاف قوله انت برئ من النصف على ان يؤدى الى النصف
لانه تقييد وليس بتعليق كما فى التبيين وغيره ولو قال لمديونه ان كان لى عليك دين ابرأتك عنه وله عليه دين صح الابراء
لانه تعليق بشرط كائن فيكون تنجيزا ولو قالت لزوجها المريض ان مت من مرضك هذا فانت فى حل من مهرى
او قالت مهرى عليك صدقة فهو بط لان هذه مخاطرة وتعليق ولو قال الطالب لمديونه اذا مت فانا برئ من الدين
الذى لى عليك جاز ويكون وصية من الطالب للمطلوب كما فى المنح (والعمرى جائزة للمعمر) بفتح الميم الثانية
وهو الموهوب له (حال حيوته ولورثته بعده) اى بعد وفاته لقوله عليه السلام من اعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته
لان المفهوم منه بطلان الشرط لانه قال عليه السلام ولورثته كما بيناه فى اول الكتاب ثم اشار الى تفسير العمرى بقوله
(وهى ان يجعل داره له مدة عمره فاذا مات ردت) الدار (اليه) اى الى الواهب بطل الشرط الرد بعد الموت للمامر (والرقبى)
بضم الراء (باطلة فان قبضها كانت عارية فى يده) هذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف تصح كالعمرى) لما روى عن ابن
عباس رضى الله تعالى عنهما انه عليه السلام قال العمرى جائزة لمن اعمرها والرقبى جائزة لمن ارقبها وبه قال الشافعى
واحمد والجواب عنه انه مأخوذ من الارقاب معناه رقبة دارى لك وذلك جائز لكن لما احتمل الامرين لم تثبت الهبة
بالشك فتكون عارية ثم اشار الى تفسيرها بقوله (وهى ان تقول ان مت قبلك فلك وان مت قبلى فلى) فيترقب
كل واحد موت صاحبه وفى التنوير بعث الى امرأته متاعا وبعثت له ايضا ثم افترقا بعد الزفاف وادعى انه عارية
واراد الاسترداد وارادت الاسترداد ايضا يسترد كل ما اعطى لما فى فتاوى قاضى ظهير الدين من انه رجل تزوج امرأة
وبعث هدايا اليها وعوضت المهر لهدايا عوضا للهبة فاذا لم يكن ذلك هبة لم يكن ذلك عوضا وكان لكل واحد
منهما ان يسترد (والصدقة كالهبة) لانها تبرع مثلها فاذا كان كذلك (لا تصح) الصدقة (بدون القبض)
بل لا بد من كونها مقبوضة كالهبة (ولا) تصح (فى مشاع يقسم) اى يحتمل القسمة كسهم من الدار عند الامام
خلافا لهما على ما تقدم فى الهبة (ولا رجوع فيها) اى فى الصدقة بعد القبض لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض
(ولو) كانت الصدقة (لغنى) استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب لكثرت عياله وفى الخانية ولو اختلفا
فقال الواهب كانت هبة وقال الموهوب له صدقة فالقول للواهب وفى العناية فى هذا المحل كلام وفى حاشيته للمولى
سعدى جواب فليطالع (ولا) رجوع (فى الهبة لفقير) لان المقصود الثواب وقد حصل بخلاف الهبة لغنى لانها
قد تكون لعوض دنيوى (ولو قال جميع مالى او ما املكه لفلان فهو هبة) لان مملوكه لا يصير لغيره الا بتمليكه (وان قال
ما ينسب الى او) ما (يعرف لى) لفلان (فاقرار) لانه لا يفهم منه التمليك وانما يفهم منه انه ملك لفلان ولكنه منسوب
الى بكونه فى يدى فيكون اقرارا وفى التنوير هبة الدين ممن عليه الدين وابراؤه من غير قبول تمليك الدين ممن
عليه الدين بط الا اذا سلطه على قبضه وفى المنح نقلا عن جواهر الفتاوى لما سألته عمن كتب قصة الى السلطان
وسأل منه تمليك ارض محدودة فامر السلطان بالتوقيع فكتب كاتب السلطان على ظهر القصة انى
جعلت الارض ملكا له هل يصير الارض ملكا له ام لا يحتاج الى القبول من السلطان فى مجلس واحد فانه تمليك
يحتاج الى القبول عن السلطان فى مجلس واحد قال هذا هو القياس لكن لما تعذر الوصول اليه اقيم السؤال
بالقصة مقام حضوره فاذا امر بذلك واخذ منه بالتوقيع تملك ﴿كتاب الاجارة﴾ (عقبه بالهبة ترقيا من الاعلى
الى الادنى فان الاجارة تمليك المنافع والهبة تمليك العين والعين اقوى وهى فى اللغة اسم للاجرة وهى ما يستحق
على عمل الخير وفى القهستانى فانها وان كانت فى الاصل مصدر اجر زيد يأجر بالضم اى صار اجيرا الا انها
فى الاغلب يستعمل بمعنى الايجار اذ المصدر يقام بعضها مقام البعض فيقال اجرت اجارة اى اكريتها ولم يجئ
من فاعل بهذا المعنى على ما هو الحق كذا فى الرضى وقال بعض اهل العربية الاجارة فعالة من المفاعلة واجر على وزن
فاعل لا افعل لان الايجار لم يجئ والمضارع يواجر واسم الفاعل المواجر وفى عين الخليل اجرت زيدا مملوكى
اوجره ايجارا وفى الاساس آجر وهو موجر ولم يقل مواجر فانه غلط ومستعمل فى موضع قبيح وقد جوز صاحب الكشاف
فى مقدمة الادب كون اجره الدار من باب الافعال والمفاعلة معا وفى الاصطلاح (هى) اى الاجارة (بيع منفعة)
احتراز عن بيع عين (معلومة) جنسا وقدرا (بعوض) مالى او نفع من غير جنس المعقود عليه كسكنى دار بركوب
دابة ولا يجوز بسكنى دار اخرى للربوا (معلوم) قدرا وصفة فى غير العروض لان جهالتهما تفضى الى المنازعة
(دين) اى مثلى كالمكيل والموزون والعددى المتقارب (او عين) اى قيمى كالثياب والدواب وغيرهما فخرج البيع

كتاب الاجارة

والهبة

والهبة والعارية والنكاح فانه استباحة المنافع بعوض لا تمليكها وفى الدرر وانما عدل عن قولهم تمليك نفع معلوم
بعوض كذلك لانه ان كان تعريفا للاجارة الصحيحة لم يكن مانعا لتناوله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع
الاصلى وان كان تعريفا للاعم لم يكن تقييد النفع والعوض بالمعلومية صحيحا وما اختير ههنا تعريف للاعم
انتهى لكن المص قيد البدلين بالمعلومية فقد اخرج اجارة الفاسدة بالجهالة عن تعريف ونبه ان المعتبر فى الشرع
هى الاجارة الغير المفضية الى النزاع وجعل ذكر المعلوم توطئة لقوله الاتى والمنفعة تعلم تارة الى آخره تدبر والقياس يأبى
جواز عقد الاجارة لان المعقود عليه معدم واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح لكنه جوز لحاجة الناس اليه
وقد ثبت جوازه بالكتاب والسنة وضرب من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى على ان تأجرنى ثمانى حجج وشرايع من
قبلنا لازمة ما لم يظهر نسخها واما السنة فقوله عليه السلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وقوله صلى الله تعالى
عليه وسلم اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه واما المعقول فلان بالناس حاجة اليه ولا مفسدة فيه وتنعقد
ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة وفى البحر والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة فى كلام مشايخنا على
حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها فى المحل ساعة فساعة لا ارتباط الايجاب والقبول كل ساعة وان كان
ظاهر كلام المشايخ يوهم ذلك والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة لان الحكم قابل
للتراخى كما فى البيع بشرط الخيار وتمامه فيه فليطالع وبهذا يندفع اعتراض المولى سعدى على الهداية بانه لا بد
ان يتأمل فى هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط القبول بالايجاب فاذا حصل الارتباط باقامة الدار مقام المنفعة
يتحقق الانعقاد فما معنى الانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك تدبر ومن محاسن الاجارة دفع الحاجة بقليل من البدل
فان كل احد لا يقدر على دار يسكنها وحمام يغتسل فيها وابل يحمل اثقاله الى بلد لم يكن يبلغه الا بشق النفس
وسببها تعلق البقاء المقدر وشرطها معلومية البدلين وركنها الايجاب والقبول بلفظين ماضيين من الالفاظ
الموضوعة لعقد الاجارة مثل ان يقول اعرتك هذه الدار شهرا بكذا او وهبتك منافعها وتنعقد بالتعاطى كالبيع
وشرطها ما تقدم من كون الاجرة والمنفعة معلومتين وحكمها وقوع الملك فى البدلين ساعة فساعة كما مر وفى المنح
ولا تنعقد الاجارة الطويلة بالتعاطى لان الاجرة غير معلومة قد يجعلون لكل سنة دانقا وقد يجعلون فلوسا
وفى غير الطويلة الاجارة تنعقد بالتعاطى كذا فى الخلاصة قلت مفاد كلامه ان الاجرة اذا كانت معلومة
فى الاجارة الطويلة تنعقد بالتعاطى انتهى (وما صلح ثمنا) فى البيع (صلح اجرة) فى الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة
فيعتبر بثمن المبيع ومراده من الثمن ما كان بدلا عن شئ فدخل فيه الاعيان فان العين يصلح بدلا فى المقايضة فتصلح
اجرة وفيه اشارة الى انها لو كانت الاجرة دراهم انصرفت الى غالب نقد البلد فان كانت الغلبة مختلفة فالاجارة
فاسدة ما لم يبين نقدا منها فان بين جاز والى انها لو كانت كيليا او وزنيا او عدديا متقاربا فالشرط فيه بيان القدر
والصفة وقوله وما صلح ثمنا صلح اجرة لا ينافى العكس حتى صلح اجرة ما لا يصلح ثمنا كالمنفعة فانها لا تصلح
ثمنا وتصلح اجرة اذا كانت مختلفة الجنس كاستيجار سكنى الدار بزراعة الارض وان اتحد جنسهما لا (وتفسد) الاجارة
(بالشروط) كالبيع (ويثبت فيها) اى فى الاجارة (خيار الشرط) كما يثبت فى البيع (و) خيار (الرؤية) خلافا للشافعى
فيهما (و) خيار (العيب) سواء كان حاصلا قبل العقد وبعده (وتقال) الاجارة (وتفسخ) كما فى البيع كما سيأتى
ولما ذكر فى التعريف معلومية المنفعة احتاج الى ما به تكون معلومة فقال (والمنفعة تعلم تارة ببيان المدة كالسكنى) اى
كاجارة الدار للسكنى (والزراعة) اى كاجرة الارض للزراعة (فتصح) اجارتها (مدة معلومة اى مدة كانت) لان المدة
اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت فافاد انها تجوز ولو كانت المدة لا يعيش احد
العاقدين الى مثلها عادة واختاره الخصاف لان العبرة للفظ وانه يقتضى التوقيت كما لو تزوج امرأة الى مائة سنة فانه توقيت
فيكون متعة ومنعه بعضهم لان الغالب كالمتيقن فى حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتأبيد يبطلها فافاد
انها تجوز مضافا كما لو قال اجرتك هذه الدار غدا وللموجر بيعها اليوم وتنتقض الاجارة كما فى الخلاصة وفى الخانية
ولو كانت الاجارة الى الغد ثم باع من غيره فيه روايتان فى رواية ليس للاجر ان يبيع قبل مجئ الوقت وفى رواية يجاز
والفتوى على انه يجوز البيع وتبطل الاجارة المضافة وهو اختيار شمس الائمة الحلوانى وتمامه فى المنح فليطالع وعند
الشافعى فى احد قوليه لا يجوز اكثر من سنة (وفى الوقف يتبع شرط الواقف) لانه كنص الشارع فى وجوب الاتباع
(فان لم يشترط) الواقف فى اجارته مدة بل سكت عنها (فالفتوى ان لا يزاد فى) اجارة (الاراضى على ثلث سنين وفى) اجارة
(غيرها) اى غير الاراضى ان لا يزاد (على سنة) واحدة كيلا يدعى المستأجر ملكها وهو المختار كما فى الهداية وقد افتى الصدر
الشهيد بعدم الزيادة على ثلث فى الضياع وعلى سنة فى غيرها الا اذا كانت المصلحة فى غيره وفى المحيط وهو المختار للفتوى

فلو آجرها المتولى اكثر مما ذكر لم تصح وقيل تصح وتفسخ هذه المسئلة وماقبلها ذكرت فى الوقف فما الفائدة فى تكرارها والحيلة فى الزيادة ان يعقد عقودا متفرقة كل عقد على سنة ويكتب فى الكتاب ان فلان بن فلان استأجر الوقف كذا وكذا سنة بكذا فيكون العقد الاول لازما والباقى غير لازم لانه مضاف فلمتولى الوقف ان يفسخ الاجارة فى العقود الغير اللازمة اذا خاف بطلان الوقف لعلة مذكورة بخلاف ما اذا كانت الاجارة طويلة بعقد واحد كما فى الخانية وغيرها فعلى هذا يندفع اعتراض صدر الشريعة من ان علة عدم الجواز اذا كانت هذا المعنى اى دعوى الملك بمرور الزمان لا تصح الاجارة الطويلة بعقود مختلفة كما جوزها البعض تجاوز الله عنهم انتهى وذكر صدر الاسلام ان الحيلة فى الزيادة ان يرفع الى الحاكم حتى يجيزه واعلم ان اجارة الوقف لا تجوز الا باجر المثل او اكثر ولو اجر الناظر بدون اجر المثل لا تصح الاجارة ويلزم المستأجر تمام اجر المثل وفى البحر متولى ارض الوقف آجرها بغير اجر المثل يلزم مستأجرها تمام اجر المثل عند بعض علمائنا وعليه الفتوى قيل ان استأجر دار الوقف بمدة طويلة ان كان السعر بحالها حيث لم يزد ولم ينقص يجوز وان غلا اجر مثلها يفسخ العقد ويجدد ثانيا وكذا اذا استأجرها الى سنة فغلا السعر بعد مضى نصف السنة يفسخ العقد ويجب المسمى ويجدد ثانيا فيما بقى بخلاف الكرم المستأجر ليأكل ثمرته فى رأس السنة (و) المنفعة (تارة تعلم بذكر العمل كصبغ الثوب وخياطته) اى خياطة الثوب وفيه اشارة الى انه لابد ان يعين الثوب الذى يصبغ ولون الصبغ بانه احمر او نحوه وقدر الصبغ اذا كان مما يختلف وجنس الخياطة والمخيط (وحمل قدر معلوم على دابة مسافة معلومة) لما فى البحر من استيجار الدابة للركوب لابد فيه من بيان الوقت او الموضع حتى لو خلا عنهما فهى فاسدة وبه يعلم فساد اجارة دواب العلافين الواقعة فى زماننا لعدم بيان الوقت والموضع (و) المنفعة (تارة) تعلم (بالاشارة كنقل هذا) الطعام (مثلا الى موضع كذا) لانه اذا عرف ما ينقله مع موضع ينتهى اليه صار معلوما (والاجرة) فى الاجارة (لا تستحق بالعقد) اى بنفس العقد فلا يجب تسليمها عينا كان او دينا عندنا لان حكم العقد يظهر عند وجود المنفعة وهى معدومة عند العقد ولذا يقام العين مقام المنفعة فى حق اضافة العقد الى المنفعة كما يقام السفر مقام المشقة فتجب الاجرة مؤجلا موقتا على تحقق احد الامور الآتى ذكرها وعن هذا قال (بل تستحق بالتعجيل هو او بشرطه) اى بشرط التعجيل لان امتناع الملك بنفس العقد لتحقق المساواة فاذا عجل او شرط التعجيل فقد ابطل المساواة التى هى حقه بخلاف الاجارة المضافة بشرط تعجيل الاجرة فان الشرط باطل لامتناع ثبوت الملك من البدل للتصريح بالاضافة الى وقت فى المستقبل والمضاف الى وقت لا يكون موجودا قبله ولا يتغير هذا المعنى (او باستيفاء المعقود عليه) لتحقق المساواة بينهما اذ العقد عقد معاوضة (او التمكن منه) اى من استيفاء النفع اقامة للتمكن من الشئ مقام ذلك الشئ هذا اذا كانت الاجارة صحيحة فاما اذا كانت فاسدة لا يجب شئ بمجرد التمكن من استيفاء المنفعة الا بحقيقة الانتفاع ثم فرع على هذا بقوله (فيجب) الاجرة (لو قبض) المستأجر (الدار ولم يسكنها) اى الدار (حتى مضت المدة) لان تسليم نفس المنفعة لما لم يمكن اقيم تسليم محلها مقامها اذ التمكن من الانتفاع يثبت به وفى النوازل اذا استأجر دابة الى مكة فلم يركبها ان كان بغير علة فى الدابة فعليه الاجر وان كان لعلة فيها فلا اجر (وتسقط) الاجرة (بالغصب) الا اذا امكن اخراج الغاصب من الدار بشفاعة وحماية كما فى التنوير (بقدر فوت التمكن) يعنى اذا غصب الدار المستأجرة غاصب من يد المستأجر فى جميع المدة سقطت الاجرة وان غصب فى بعضها سقطت بقدر ذلك واشار بقوله سقط الاجر الى ان العقد ينفسخ بالغصب كما فى الهداية خلافا لقاضيخان فانه قال لا تنفسخ واطلاقه شامل للعقار وغيره ومراده من الغصب ههنا الحيلولة بين المستأجر والعين لا حقيقته اذ الغصب لا يجرى فى العقار عندنا قال صاحب المنح ولو انكر الموجر الغصب وادعاه المستأجر ولا بينة له على دعواه يحكم الحال فان كان المستأجر هو الساكن فى الدار حال المنازعة فالقول للموجر وان كان فيها غير المستأجر فالقول للمستأجر ولا اجر عليه كمسئلة الطاحونة وفى تنويره ولو سلم اى لو سلم الآجر المستأجر العين الموجرة بعد مضى بعض المدة فليس لاحدهما الامتناع من ذلك اذا لم يكن فى مدة الاجارة وقت يرغب فى العين الموجرة لاجل ذلك الوقت فان كان فيها وقت كذلك اى يرغب فيها فى وقت معين دون وقت كما فى بيوت مكة ومنى خير فى قبض الباقى وفى السراجية وغيرها اذا سكن دارا معدة للغلة او زرع ارضا معدة للاستغلال من غير اجارة تجب الاجرة وعليه الفتوى وفى القنية تسليم المفتاح فى المصر مع التخلية بينه وبين الدار تسليم للدار حتى تجب الاجرة بمضى المدة وان لم يسكن وتسليم المفتاح فى السواد ليس بتسليم الدار وان حضر المصر والمفتاح فى يده (ولرب الدار والارض طلب الاجرة لكل يوم ولرب الدابة لكل مرحلة) لان العقد فى حق المنفعة ينعقد شيئا فشيئا وكان ينبغى ان يجب تسليمه ولو خطوة او سكن ساعة الا انا جوزنا استحسانا وقدرنا بيوم ومرحلة لان هذا يفضى الى الحرج الا اذا بين

زمان الطلب عند العقد فيتوقف الموجر الى ذلك الوقت لكونه بمنزلة التأجيل وقال زفر ليس لهم ذلك الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر كما قال الامام اولا (وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله) اذ قبله لا ينتفع بالبعض فلا استحقاق للاجر (وان) وصلية (عمل فى بيت المستأجر) على ما فى الهداية والتجريد وفى المبسوط والذخيرة وقاضيخان والتمرتاشى والفوائد الظهيرية اذا خاط البعض فى بيت المستأجر يجب الاجر له بحسابه كما اذا سرق الثوب فى بيت المستأجر يستحق الاجر بحسابه واستشهد فى الاصل بما لو استأجر انسانا ليبنى حائطا فبنى بعضه ثم انهدم فله اجر ما بنى وفى التنوير ثوب خاطه الخياط باجر ففتقه رجل قبل ان يقبضه رب الثوب فلا اجر له ولا يجبر على الاعادة وان كان الخياط هو الفاتق للثوب فعليه الاعادة كانه لم يعمل (وللخباز) طلب الاجر (بعد اخراج الخبز) من التنور لان تمام العمل بالاخراج وفى اطلاقه اشارة الى انه يستحق الاجر باخراج البعض بقدره لان العمل فى ذلك القدر صار مسلما الى صاحب الدقيق (فان احترق) الخبز (قبل الاخراج) من التنور (سقط الاجر) سواء كان فى بيت المستأجر او فى بيت الاجير لانه هلك قبل التسليم فعليه الضمان فى قول اصحابنا جميعا لان هذا جناية يده بتقصيره فى القلع من التنور فان ضمنه قيمته مخبوزا اعطاه الاجر وان ضمنه دقيقا لم يكن له اجر كما فى الغاية وغيرها وبهذا ظهر لك ان قول الوقاية فان احترق بعد ما اخرج فله الاجر وقبله لا ولا غرم فيهما وقول صدر الشريعة اى فى الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج غير موافق للمنقول عن الائمة الفحول كما فى الدرر لكن يمكن التوفيق بين كلام صاحب الوقاية وصاحب الغاية بان المراد بالاحتراق فى الوقاية ما لا يكون بصنعه وفى الغاية ما يكون بصنعه كما يدل عليه قوله بالاجماع واما ما قيل من انه لا ضمان فى الفصلين على الخباز لان الجناية غير واقعة منه فيهما هذا على ظاهر الرواية عن الامام كما قيل فى الهداية لانه لم توجد منه الجناية فصاحب الوقاية اختار ما اختاره صاحب الهداية فليس بسديد لان قول صاحب الهداية لا ضمان عليه متعلق بقوله فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فقط لا فيما اذا احترق قبله تتبع وعن هذا قال (وان) احترق من غير فعله (بعده) اى بعد الاخراج (فلا) يسقط (ان كان) يخبز (فى بيت المستأجر) لانه بمجرد الاخراج صار مسلما اليه فى منزل المستأجر فاستحق الاجر بوضعه فيه وفيه اشارة بان كان يخبز فى منزل نفسه لا يستحق الاجر بالاخراج بل بالتسليم الحقيقى (ولا ضمان) فيهما عند الامام (وقالا ان شاء المستأجر ضمنه مثل دقيقه ولا اجر وان شاء ضمنه الخبز وله الاجر) ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح وفى النهاية هذا الذى ذكر من الاختلاف اختيار القدورى واما عند غيره فهو يجرى على عمومه فانه لا ضمان بالاتفاق اما عند الامام فلانه لم يهلك من عمله واما عندهما فلانه هلك بعد التسليم وقال القدورى يضمن عندهما مثل دقيقه لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم (وللطباخ للوليمة) طلب الاجر (بعد الغرف) اى بعد وضع الطعام فى القصاع اعتبارا للعرف وانما قيد للوليمة لانه لو كان لاهل بيته فلا غرف عليه كما فى الجوهرة فان افسده الطباخ او احرقه او لم ينضجه فهو ضامن للطعام واذا دخل الخباز والطباخ بنار ليخبز بها او يطبخ بها فوقعت منه شرارة فاحترق بها البيت فلا ضمان عليه (ولضارب اللبن) على وزن الكلم اى للذى يتخذ اللبن من الطين طلب الاجرة (بعد اقامته) اى اقامة اللبن عن محله (عند الامام) حتى لو فسد بالمطر قبلها فلا اجر له (وقالا بعد تشريجه) وهو جعل بعض على بعض حتى لو فسد بعد الاقامة قبل النقل فلا اجر له اذ لا يؤمن الفساد قبله وله ان الفراغ هو الاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الى موضع العمارة بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر هذا اذا لبن فى ارض المستأجر وان لبن فى ارض نفسه لا يستحق حتى يسلمه وذلك بالعد بعد الاقامة عنده (وعندهما) بالعد بعد التشريج قيل الفتوى على قولهما والعرف فى ديارنا على ما قاله الامام (ومن) كان (لعمله اثر فى العين كصباغ) يظهر لونا فى الثوب (وقصار يقصر بالنشا والبيض) هذا فى ديار الشام ليظهر البياض المستور وكذا حكم قصار يقصر بالماء الصافى كما فى ديارنا كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ (فله) اى للمستأجر (حبسها) اى العين (للاجر) لاجل الاجرة حتى يستوفيها وقال زفر ليس له ذلك لان المعقود عليه صار مسلما الى صاحب العين باتصاله بملكه فيسقط حق الحبس به ولنا ان اتصال العمل بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل رضاه فى تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الاثر فى المحل اذ لا وجود للعمل الا به وكان مضطرا اليه والرضى لا يثبت مع الاضطرار هذا اذا كان حالا اما اذا كان مؤجلا فلا يملك حبسها وفى الخلاصة هذا اذا عمل فى دكانه واما اذا عمل فى بيت المستأجر فليس له حق الحبس (فان حبسها) للاجر (فضاعت) العين بلا تعد منه (فلا ضمان) عليه لكونه امانة فى يده كما كان قبل الحبس (ولا اجر له) اذا هلك المعقود عليه قبل التسليم هذا عند الامام (وقالا ان شاء المالك ضمنه مصبوغا وله الاجر) لان العمل صار مسلما

اليه تقديرا الوصول قيمته اليه فصار كالوصار مسلما حقيقة (اوغير مصنوع ولا اجر) لان العمل لم يصر مسلما اليه (ومن لا اثر لعمله فيها) اى فى العين (كالحمال والملاح وغاسل الثوب ليس له) اى للعامل (حبسها) اى العين لان المعقود عليه نفس العمل وهو عرض ولا له اثر يقوم مقامها فلا يتصور حبسه ولو حبسها ضمن ضمان الغصب وصاحبها بالخيار ان شاء ضمن المستأجر قيمتها محمولة وله الاجر وان شاء غير محمولة ولا اجر (بخلاف راد الآبق) فانه يحبسه على الجعل وان لم يكن لعمله اثر لانه كان على شرف الزوال والهلاك فاحياه بالرد فكانه باعه فكان له حق الحبس (واذا اطلق) المستأجر (العمل للصانع) ولم يقيد بعمله (فله ان يستعمل غيره) كما اذا امر ان يخيط هذا الثوب بدرهم فاللازم عليه العمل سواء اوفاه بنفسه او باستعانة غيره كالمأمور بقضاء الدين وقوله على ان يعمل اطلاق لا تقييد فله ان يستأجر غيره (وان قيد بعمله بنفسه) بان قال خطه بيدك (فلا) اى فليس له ان يستعمل غيره ولو غلامه او اجيره لان عمله يكون هو المعقود عليه والا فيضمن (ومن استأجره رجل ليجئ بعياله) من موضع (فوجد بعضهم) اى بعض العيال (قدمات فاتى بمن بقى) من العيال (فله) اى للاجير (اجره بحسابه) لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه قال الفقيه ابو جعفر الهندوانى هذا اذا كان عياله معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم وان كانوا غير معلومين يجب الاجر كله كما فى التبيين فعلى هذا لو قيد المص بقوله لو كانوا معلومين والا فكله لكان اولى وفى الخلاصة فان لم يكونوا معلومين فالاجارة فاسدة (وان استوجر لايصال طعام الى زيد فوجده ميتا) او لم يجده (فرده) اى الطعام (فلا اجر له) لانه نقض المعقود عليه وهو حمل الطعام وايصاله اليه وقال زفر له الاجر لانه بمقابلة الحمل الى البصرة وقد اوفى به وجنى فى رده فلا يسقط بجنايته حقه من اجرته وكذا لو استأجر لايصال كتاب (اليه) اى الى زيد (فرده) اى الكتاب (لموته) اى زيد او غيبته فلا شئ له عند الشيخين (وقال محمد له اجر ذهابه هنا) اى له الاجر للذهاب فى نقل الكتاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة لان الاجر مقابل) لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما فى الكتاب لكن الحكم متعلق به وقد نقضه فسقط الاجر هذا موافق لما فى الهداية وشروحها ومخالف لما فى المجمع وشرحه حيث صرح بان ابا يوسف مع محمد لا مع الامام الا ان يمكن الحمل على اختلاف الروايتين (ولو تركه) اى الكتاب (هناك) للورثة وكذا اذا دفع الى وصيه (فله اجر الذهاب اجماعا) لانه اتى باقصى ما فى وسعه هذا اذا شرط المجئ والا وجب كل الاجرة لو ترك الكتاب ثمة كما فى القهستانى وفيه اشارة الى انه لو وجده ولم يوصله اليه لم يجب له شئ من الاجر لانتفاء المعقود عليه وهو الايصال

* باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز * لما فرغ من ذكر الاجارة وشروطها ووقت استحقاق الاجر ذكر هنا ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز (وصح استيجار الدار والحانوت وان) وصلية (لم يذكر ما يعمل فيه) اى فى كل واحد منهما استحسانا لان العمل المتعارف فى كل واحد منهما السكنى فينصرف العقد المطلق اليه والقياس ان لا يجوز للجهالة كالارض والثياب فانهما مختلفان باختلاف العامل والعمل فلا بد من البيان (وله) اى للمستأجر (ان يعمل كل شئ) من العمل لانها لا تختلف باختلاف المستعمل فله الوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب المعتاد والاستنجاء بحائطه والدق المعتاد اليسير وان يدق فيه وتدا ويربط الدواب فى موضع معتاد له ويسكنها من احب سواء كان باجارة او غيرها وليس للاجيران يدخل دابته الدار المستأجرة بعد ما سكن المستأجر وفيه اشارة الى انه لو قال عند العقد استأجرت هذه الدار للسكنى ليس له ان يعمل فيها غير السكنى كما فى القهستانى (سوى ما يوهن البناء كالحدادة والقصارة والطحن) من غير رضى المالك او اشتراطه ذلك فى عقد الاجارة لان هذه الاشياء توهن البناء والمراد رحى الثور والماء لا رحى اليد فانه لا يمنع من النصب فيه ولو انهدم البناء بهذه الاشياء وجب عليه الضمان لانه متعد فيها ولا اجر عليه لان الضمان والاجر لا يجتمعان وان لم ينهدم وجب عليه الاجر استحسانا والقياس ان لا يجب ولو اختلفا فى اشتراط ذلك كان القول للموجر لانه لو انكر الاجارة كان القول له فكذا اذا انكر نوعا من الانتفاع ولو اقاما البينة كانت بينة المستأجر اولى لانها تثبت الزيادة (و) صح (استيجار الارض للزرع ان بين) المستأجر (ما يزرع) لجريان العادة باستيجارها للزراعة من غير نكير فانعقد الاجماع عليها غير ان ما يزرع فيها يتفاوت فلا بد من بيانه (او قال على ان يزرع) فيها (ما يشاء) كيلا يفضى الى المنازعة ولو لم يبين ما يزرع فيها او لم يقل على ان يزرع فيها ما يشاء فسدت الاجارة للجهالة ولو زرعها بعد ذلك لا تعود صحيحة فى القياس كما اذا اشترى بخمر او خنزير وفى الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد صحيحا وللمستأجر الشرب والطريق بخلاف البيع وفى القنية استأجر ارضا سنة على ان يزرع فيها ما شاء فله ان يزرع زرعين ربيعيا وخريفيا وفى التنوير اجرها وهى مشغولة بزرع غيره

باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز

ان كان

ان كان الزرع بحق لا تجوز ما لم يستحصد الا ان يوجرها مضافة الى المستقبل وان بغير حق صحت (و) صح استيجار الارض (للبناء والغرس) اى غرس الاشجار لان كل واحد منهما نفع مقصود بالاجارة (واذا انقضت المدة) اى مدة الاجارة طويلة كانت او غير طويلة (لزمه) اى المستأجر (ان يقلعهما) اى البناء والغرس (ويسلمها) اى الارض حال كونها (فارغة) عنهما الا انه ليس لهما نهاية معلومة حتى يتركا اليها وفى تركهما على الدوام ضرر لصاحب الارض سواء كان باجر او بغيره فوجب القلع وفى القنية استأجر ارضا وقفا وغرس فيها وبنى ثم مضت مدة الاجارة فللمستأجر ان يستبقيها باجر المثل ان لم يكن فى ذلك ضرر ولو ابى الموقوف عليهم القلع ليس لهم ذلك انتهى وفى البحر وبهذا تعلم مسئلة الارض المحتكرة (الا ان يغرم) للمستأجر (الموجر) وهو صاحب الارض (قيمة ذلك) اى البناء والغرس (مقلوعا) لان فى ذلك نظرا لهما (برضى صاحبه) اى صاحب البناء او الغرس ان لم ينقص الارض بالقلع (وان كانت الارض تنقص بقلعه) اى البناء او الغرس (فبدون رضاه ايضا) اى يغرم الموجر قيمته مقلوعا ويتملكه بدون رضى صاحبه (ايضا) اى كما يغرم برضاه ان كانت تنقص بقلعه ومعرفة قيمة ذلك ان يقوم الارض بدون البناء والشجر ويقوم وفيها بناء وشجر ولصاحب الارض ان يقلعه فيضمن فصل ما بينهما (او يرضى) عطف على ان يغرم اى الا ان يرضى الموجر والمستأجر لكن رضى الموجر يكفى فلا حاجة الى رضى المستأجر لما قالوا فى تعليله لان الحق له فاذا رضى باستمراره على ما كان باجر او بغير اجر كان له ذلك تأمل (بتركه) اى بترك كل واحد من البناء والغرس على الارض (فيكون البناء والغرس لهذا) اى للمستأجر (والارض لهذا) اى للموجر الذى هو صاحب الارض (والرطبة) فى الارض المستأجرة وكذا الكراث ونحوها (كالشجر) فى القلع اذا انقضت المدة اذ ليس لانتهائهما مدة معلومة (والزرع يترك) على الارض (باجر المثل الى ان يدرك) لان له نهاية معلومة فيوجد فى التأخير مراعاة الحقين بخلاف موت احدهما قبل ادراكه فانه يترك بالمسمى على حاله الى الحصاد وان انفسخت الاجارة لان ابقاء على ما كان عليه اولى ما دامت المدة باقية ويلحق بالمستأجر المستعير فيترك الى ادراكه باجرة المثل كما فى المنح واما الغاصب فيؤمر بالقلع مطلقا (و) صح (استيجار الدابة للركوب والحمل) واستيجار (الثوب للبس) لجريان العادة بذلك (فان اطلق) الموجر للمستأجر الركوب او اللبس بمعنى ان يقول على ان يركبها من شاء ويلبس الثوب من شاء (فله) اى للمستأجر (ان يركب من شاء ويلبس من شاء) لانه يختلف باختلاف الراكب واللابس فلا يجوز الا بالتعيين او بان يشترط ان يفعل ما شاء وفى التبيين ولو لم يبين ولم يقل ان يفعل فيها ما شاء فسدت الاجارة للجهالة (فاذا ركب الدابة (او لبس) الثوب (هو) اى المستأجر نفسه (او اركب) المستأجر الدابة (او البس) الثوب (غيره تعين) مرادا من الاصل (فلا يستعمله غيره) فصار كالنص عليه ابتداء وفى البحر واذا تكارى قوم مشاة ابلا على ان المكارى يحمل عليها من مرض منهم او من عين منهم فهو فاسد (وان قيد) الموجر (براكب) معين (او لابس) معين (فخالف ضمن) المستأجر اذا هلكت الدابة او الثوب لان الناس يتفاوتون فى العلم بالركوب واللبس والاجر عليه وان سلم لانه مع الضمان ممتنع (وكذا كل ما يختلف باختلاف المستعمل) فى كونه يضمن اذا هلك مع المخالفة والتقييد (وما لا يختلف به) اى باختلاف المستعمل (فتقييده) اى تقييد الموجر بشخص معين (هدر فلو شرط الموجر (سكنى واحد بعينه) فى اجارة الدار (جاز) للمستأجر (ان يسكن غيره) لان الشرط ليس بمقيد لعدم التفاوت فى السكنى وما يضر بالبناء كالحدادة والقصارة فهو خارج بدلالة العادة والفسطاط كالدار عند محمد وعند ابى يوسف هو كاللبس لاختلاف الناس فى ضربه ونصب اوتاده واختيار مكانه (وان سمى ما يحمل على الدابة نوعا وقدرا ككر بر) يحمله على الدابة التى استأجرها (فله) اى للمستأجر (حمل مثله او ما اخف منه فى الضرر (كالشعير والسمسم لا) اى ليس له ان يحمل عليها (ما هو اضر منه) كالملح لان الاصل ان من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفى اكثر منها لم يجز فله ان يحمل كر حنطة لغيره لو استأجرها بحمل كر حنطة لانه مثله وله حمل كر شعير لانه دونه والقياس ان يضمن بالحمل عليها خلاف الجنس كيف ما كان للمخالفة وجه الاستحسان ان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا ولا فائدة هنا وفيه اشارة بان سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير او القطن يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة اكثر من البر كما فى شرح الكنز لكن ذكر فى الذخيرة فى هذا ايضا عدم الضمان وقال شيخ الاسلام انه لا يضمن استحسانا وهو الاصح لان ضرر الشعير او القطن مثل ضرر الحنطة فى حق الدابة عند استوائهما وزنا وبه يفتى الصدر الشهيد كما فى النهاية (وان سمى قدرا من القطن فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا) لانه يجتمع فى مكان واحد من ظهرها فيضرها اكثر (وان زاد على ما سمى فعطبت) الدابة (ضمن قدر الزيادة ان كان تطيق ما حملها) لانها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه

والسبب الثقل فانقسم عليهما حتى لوكان المأذون مائة من وزاد عليه عشرين منا يضمن سدس الدابة واشار بالزيادة الى انها من جنس المسمى فلوحمل جنسا آخر غير المسمى وجب جميع القيمة والى انه حمل الزيادة مع المسمى معا فلوحمل المسمى وحده ثم حمل الزيادة وحدها فهلكت ضمن جميع القيمة كما فى البحر (والا) اى وان لم تطلق ماحملها (فكل القيمة) لعدم الاذن فيه هذا اذا حملها المستأجر اما اذا حملها صاحبها بيده فلاضمان على المستأجر وان حملا معاوجب النصف على المستأجر ولوحمل كل واحد جوالقا وحده لاضمان على المستأجر ويجعل حمل المستأجر ماكان مستحقا بالعقد ولم يتعرض المص للاجر اذاهلك وفى الغاية ان عليه الكراء لايقال كيف اجتمع الاجر والضمان لانانقول الاجر فى مقابلة الحمل المسمى والضمان فى مقابلة الزائد وفى البحر ولم يتعرض للاجر اذا سلمت ولم اره صريحا والقواعد تقتضى ان يجب المسمى فقط اما اذا حمله الحمال بنفسه وحده فلا كلام واما اذا حمله المستأجر زائدا على المسمى فمنافع الغصب لاتضمن عندنا ومن هنا يعلم حكم المكارى فى طريق مكة وان كان لايحمل المستأجر الزيادة على المسمى الابرضى صاحب الدابة ولهذا قالوا ينبغى ان يرى المكارى جميع مايحمله انتهى (وفى الارداف يضمن النصف) اى اذا استأجر الدابة ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت يضمن المستأجر نصف قيمتها (ولاعبرة بالثقل) لان ركوب العالم بالفروسية لايضر وان ثقل وركوب غير العالم اضر وان خف هذا اذا كانت الدابة تطيق حمل الاثنين وان لم تطق حملهما يضمن كل القيمة وقالوا هذا اذا كان الرديف يستمسك بنفسه وان كان صغيرا لايستمسك يضمن بقدر ثقله وقيد بالارداف لانه اذا حمله على عاتقه فانه يضمن جميع القيمة ثم المالك الخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء ضمن الراكب فالراكب لايرجع بما ضمن والرديف يرجع ان كان مستأجرا والا فلا كما فى التبيين وغيره (وان كبحها) اى الدابة من كبحت الدابة بلجامها اذا ردها وهو ان يجذ بها الى نفسه لتقف ولا تجرى (اوضربها فعطبت) اى هلكت (ضمن) عند الامام لانه فعل غير مأذون فيه (خلافا لهما) اى لايضمن عندهما وعند الائمة الثلاثة (فيما هو معتاد) لان الضرب فى السير متعاد فكان مأذونا فيه بخلاف غير المعتاد وفى الغاية ان ضربه للدابة يكون تعديا موجبا للضمان قيد بالكبح لان بالسوق لايضمن اتفاقا (وان تجاوز بها) اى بالدابة (مكانا سماه) فعطبت (ضمن) قيمتها لانه صار غاصبا (ولايبرأ) عن الضمان (بردها) اى الدابة (الى ماسماه) اى الى مكان سماه (وان) وصلية (استأجرها ذهابا وايابا فى الاصح) وقال زفر لايضمن لانه لما عاد الى الوفاق برئ عن الضمان كالمودع ولنا ان يد المستأجر ليست يد المالك ولابد من الرد اليه بعد التعدى وبالعود لايكون رادا اليه بخلاف المودع فان يده يد المالك فى الحفظ فاذا عاد المودع الى الوفاق عاد الى يد المالك حكما فقوله فى الاصح احترازعما قيل انما يضمن اذا استأجر ذاهبا فقط لاجائيا لان الاجارة انتهت الى ذلك الموضع فيضمن بالتجاوز عنه قال صاحب الهداية الاطلاق اصح وقال صاحب الكافى التقييد اصح (وان نزع سرج الحمار) الذى اكتراه بسرج (واسرجه بما يسرج به مثله) فهلكت (لايضمن) اتفاقا لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لافائدة فى التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه فى الوزن فح يضمن الزيادة كما فى الهداية (وان اسرجه او اوكفه بما لايسرج) متعلق بقوله اسرجه (او بما لايوكف به) متعلق بقوله اوكفه (مثله) فهلكت (ضمن) جميع قيمته لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا (وكذا ان اوكفه بما يوكف به مثله) عند الامام لان الاكاف يستعمل بغير مايستعمل له السرج وهو الحمل واثره يخالف ايضا لانه لاينبسط انبساط السرج فكان فى حق الدابة خلافا الى جنس غير المسمى فلم يصر مستوفيا شيئا من المسمى فيضمن الكل قيد بكونه لايسرج مثله لانه اذا استأجرها باكاف فاوكفها باكاف مثله اواسرجها مكان الاكاف لايضمن كما فى الخلاصة وفى البحر لواستأجرها عريانة فاسرجها وركبها ضمن قال مشايخنا اذا استأجرها من بلد الى بلد لايضمن وان استأجرها ليركبها فى المصر ان كان المستكرى من الاشرف لايضمن ثم قال وفى الكافى الضمان مطلقا من غير تفصيل المشايخ وكان هو المذهب لانه ظاهر الرواية كما لايخفى انتهى (وقالا يضمن قدر مازاد وزنه على السرج فقط) حتى لوكان وزن الاكاف ضعف وزن السرج ضمن نصف قيمتها لانعدام الاذن فى قدر الزيادة والجواب قدمر آنفا وفى الغاية ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه انه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر فى الاجارات يضمن بقدر مازاد فمن المشايخ من قال ليس فى المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان فى رواية الاجارات يضمن مازاد وفى رواية الجامع يضمن جميع القيمة وقال شيخ الاسلام وهذا اصح وتكلموا فى معنى قولهما يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن الامام فمنهم من قال انه يقدر بالمساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن بحسابه وقيل يعتبر بالوزن

(وان سلك الحمال طريقا غيرما عينه المالك مما يسلكه الناس فلاضمان عليه) اى على الحمال (ان لم يتفاوت الطريقان) لان التقييد غير مفيد عند عدم التفاوت (وان تفاوتا) اى الطريقان بان كان الطريق المسلوك اعسر اوابعد اواخوف من الطريق الاخر (اوكان) الطريق المسلوك (مما لايسلكه الناس) وان لم يكن بين الطريقين تفاوت كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ وغيره فعلى هذا ظهر لك عدم فهم من قال من انه لاحاجة اليه لان تفاوت الطريقين يغنى عنه ويمكن دفعه بالتكلف انتهى لانه لابد من ذكر هذه المسئلة لانها مستقلة تتبع قيد بالتعيين لانه لولم يعين لاضمان وفى الخلاصة الحمال اذا نزل فى مفازة وتهيأ له الانتقال فلم ينتقل حتى فسد المتاع بمطر اوسرقة فهو ضامن اذا كانت السرقة والمطر غالبا (اوحمله) اى حمل الحمال المتاع (فى البحر) اذا قيد بالبر (فتلف) المتاع فى هذه الصور (ضمن) الحمال لصحة التقييد اذا تفاوتا اولايسلكه الناس فظ واما اذا حمله فى البحر فلخطر البحر ولندرة السلامة اطلقه فشمل ما اذا كان مما يسلك الناس اولا وقيدنا بكونه قيد بالبر لانه لولم يقيد به لاضمان كما فى البحر (وان بلغ) قال الاتقانى السماع بلغ بالتشديد اى ان بلغ الحمال المتاع ذلك الموضع الذى اشترط ويجوز بالتخفيف على اسناد الفعل الى المتاع اى اذا بلغ المتاع الى ذلك الموضع كما فى البحر (فله الاجر) اى للحمال لحصول المق وارتفاع الخلاف معنى فلا يلزم اجتماع الاجر والضمان لانهما فى حالتين كما فى شرح الكنز للعينى (وان عين زرع بر فزرع رطبة) اى من استأجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة (ضمن مانقصت الارض) لان الرطاب اكثر ضررا بالارض من البر لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان (ولا اجر عليه) لانه لما خالف صار غاصبا فاستوفى المنفعة بالغصب فلا يجب الاجر به قال العينى وان زرع ماهو اقل ضررا من البر لايجب عليه الضمان ويجب عليه الاجر لانه خلاف الى خير فلا يصير به غاصبا وفى المنح ماذكر هنا من عدم وجوب الاجر ووجوب مانقص من الارض هو مذهب المتقدمين من المشايخ واما مذهب المتأخرين فيجب اجر المثل على الغاصب اذا كانت الارض للوقف اولليتيم اواعدها صاحبها للاستغلال كالخان ونحوه (وان امر بخياطة الثوب قميصا فخاطه قباء خير المالك بين تضمين قيمته) اى الثوب (و بين اخذ القباء ودفع اجر مثله) لانه لما كان يشبه القميص من وجه لان الاتراك يستعملونه استعمال القميص كان موافقا من وجه مخالفا من وجه فان شاء مال الى جانب الوفاق واخذ الثوب وان شاء مال الى جانب الخلاف وضمنه القيمة وانما وجب اجر المثل دون المسمى لان صاحبه انما رضى بالمسمى عند حصول المق من كل وجه ولم يحصل (لايزاد على ماسمى) كما هو الحكم فى سائر الاجارات الفاسدة وفى البحر اطلقه فشمل ما اذا كان يستعمل استعمال القميص وما اذا شقه وجعله قباء خلافا للاسبيجابى فى الثانى حيث اوجب فيه الضمان من غير خيار وعن الامام انه لاخيار لرب الثوب فى الكل بل يضمنه قيمة الثوب (وكذا) خير المالك (لو امر بقباء فخاطه سراويل فى الاصح) للاتحاد فى اصل المنفعة وصار كمن امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير فكذا ههنا (وقيل يضمنه هنا بلاخيار) للتفاوت فى المنفعة

* باب الاجارة الفاسدة * (وجه التأخير عن الصحيحة ظ (يجب فيها) اى فى الاجارة الفاسدة (اجر المثل لايزاد على المسمى) المعلوم عندنا وعند زفر والائمة الثلاثة يجب الاجر بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع غير متقومة بنفسها بل بالعقد ضرورة لحاجة الناس وقد اسقط المتعاقدان بالتسمية الزيادة فيه واذا انقص اجر المثل لايجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان تقوم الاعيان ليس بضرورى فالحاصل ان المسمى ان كان مساويا لاجر المثل اوزاد عليه فاجر المثل وان كان اقل منه فالمسمى كما فى القهستانى هذا اذا لم يكن الفساد لجهالة المسمى اولعدم التسمية فان كان لجهالة المسمى اولعدم التسمية يجب اجر مثله بالغا ما بلغ وكذا اذا كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم مثل ان يسمى دابة اوثوبا او يستأجر الدار او الحمام على اجرة معلومة بشرط ان يعمرها او يرمها وقالوا اذا استأجر دارا على ان لايسكنها المستأجر فسدت الاجارة ويجب عليه اجر المثل بالغا ما بلغ ان سكنها (ومن استأجر دارا كل شهر بكذا صح العقد فى شهر واحد فقط) وفسد فى الباقى لان كلمة كل للعموم وقد يتعذر العمل بها لان الشهور لانهاية لها والواحد معين فيصح فيه واذا تم الشهر كان لكل منهما فسخ الاجارة لانتهاء العقد الصحيح من غير محضر صاحبه على قول ابى يوسف وبمحضره على قولهما وقيل لايفسخ الا بمحضر صاحبه بالاتفاق (الا ان يسمى جملة الشهور) اى الا ان يعين كل الاشهر بان يقول اجرتها عشرة اشهر كل شهر بدرهم مثلا لانه ح تعلم المدة فيصح العقد فيها بالاجماع (وكل شهر سكن) المستأجر (منه) اى من الشهر (ساعة صح فيه) اى فى ذلك الشهر الذى سكن ساعة لحصول رضاهما بذلك (وسقط حق الفسخ) اى لا يكون للموجر اخراجه الى ان ينقضى ذلك الشهر الا بعذر لانه تم العقد به

لتراضيهما فى اوله وهذا هوالقياس وقد مال اليه بعض المتأخرين (وظاهر الرواية بقاؤه) اى بقاء حق الفسخ
(فى الليلة الاولى و يومها) اى لكل واحد منهما الخيار فى الليلة الاولى من الشهر الداخل و يومها و به يفتى كما فى اكثر
المعتبرات لان ذلك رأس الشهر وفى اعتبار اول الشهر نوع حرج لتعذر اجتماع المتعاقدين فى ساعة رؤية الهلال
ولو فسخ فى اثناء الشهر لم ينفسخ وقيل ينفسخ اذا خرج الشهر ولو قال فى اثناء الشهر فسخت رأس الشهر ينفسخ اذا
اهل الشهر بلا شبهة ولو قدم اجرة شهرين او ثلثة وقبض الاجرة لا يكون لواحد منهما الفسخ فيما عجل (وان اجرها)
اى الدار (سنة بكذا صح وان) وصلية (لم يبين قسط كل شهر) لان المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والاجرة
معلومة فتصح وتقسم الاجرة على الاشهر على السواء ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان (وابتداء المدة)
اى مدة الاجارة (ماسمى) ان وقعت التسمية بان يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا (والا) اى ان لم يقع تسميته
(فوقت العقد) هو المعتبر فى ابتداء المدة لان الاوقات كلها سواء فى حكم الاجارة وفى مثله يتعين الزمان الذى يلى العقد
كالاجل واليمين ان لا يتكلم فلانا شهرا هذا اذا كان العقد مطلقا من غير تعيين المدة وان بين المدة تعين ذلك وهو
ظاهر (فان كان) عقد الاجارة (حين يهل) على صيغة المفعول بمعنى يبصر الهلال والمراد من الحين اليوم الاول
من الشهر دون ليله كما فى التبيين (تعتبر) السنة كلها (بالاهلة) لانها هى الاصل فى الشهور قال الله تعالى
يسئلونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس (والا) اى وان لم يكن العقد حين يهل الهلال بل كان بعد مامضى
من الشهر (فبالايام) اى فتعتبر الايام فى الشهور بالعدد وهو ان يعتبر كل شهر ثلثون يوما هذا عند الامام لانه لما تعذر
اعتبار الشهر الاول بالاهلة تعذر اعتبار الثانى والثالث ايضا لان الشهر الاول لما وجب تكميله من الثانى لكونه متصلا به
انقص الثانى ايضا فوجب تكميله من الثالث وهكذا الى آخر المدة (وعند محمد الاول) اى الشهر الاول (بالايام والباقى
بالاهلة) لان الاصل فى الشهور اعتبارها بالاهلة عند الامكان وقد امكن ذلك فى الشهور المتخللة وتعذر بالاول فيكمل
بالايام الشهر الاخر (وابو يوسف معه) اى مع محمد (فى رواية ومع الامام فى اخرى وكذا العدة) فان الايقاع اذا كان
حين يهل الهلال تعتبر شهور العدة بالاهلة وهذا بلا خلاف واذا كان فى اثناء الشهر ففى حق تفريق الطلاق
يعتبر بالايام اتفاقا وكذا فى حق انقضاء العدة عنده واما عندهما فيعتبر شهر واحد بالايام وشهران بالاهلة وذكر
فى النهاية ان العدة فى هذه الصورة تعتبر بالايام اتفاقا كما فى القهستانى (ويجوز اخذ) الحمامى (اجرة الحمام) للتوارث
والتعارف قال صلى الله تعالى عليه وسلم مارآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن فلا تعتبر جهالة المنفعة فى مثل هذا
ومن العلماء من كره الحمام لانه شريت باشارة النبى عليه السلام وكره بعضهم اتخاذه للنساء لانه قلما يخلو اجتماعهن
عن فتنة والصحيح انه لا بأس باتخاذه للرجال والنساء جميعا للضرورة كما فى اكثر المعتبرات (و) يجوز اخذ (الحجام) اجرته
لما روى انه صلى الله تعالى عليه وسلم احتجم واعطى اجرته فكان قوله عليه السلام ان من حرام السحت كسب
الحجام منسوخا بما روى (لا) يجوز (اخذ اجرة عسب التيس) هو ان يواجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام
ان من السحت عسب التيس بمعنى اخذ اجرة عسب التيس على حذف المضاف والمضاف اليه لان حقيقة العسب
ليس بمكروه لانه سبب لبقاء النسل ولان الاستيجار للاحبال والانزاء وهو امر موهوم غير معلوم (ولا) يجوز
اخذ الاجرة عند المتقدمين (على الطاعات) وفى شرح الوافى والمذهب عندنا ان كل طاعة يختص بها المسلم
فالاستيجار عليها باطل (كالاذان والحج والامامة) والتذكير والتدريس والغزو (وتعليم القران والفقه)
وقرأتهما لان القربة تقع على العامل ولقوله عليه السلام اقرؤا القرآن اى علموا ولا تأكلوا به بخلاف بناء المساجد
واداء الزكوة وكتابة المصحف والفقه وتعليم الكتابة والنجوم والطب والتعبير وعلوم الادبية فان اخذ الاجرة فى الجميع
جائز بالاتفاق وقال الشافعى يجوز فى كل ما لا يتعين على الاجير وعند مالك يجوز على الامامة اذا جمعها مع الاذان
(او المعاصى) اى لا يجوز اخذ الاجرة على المعاصى (كالغناء والنوح والملاهى) لان المعصية لا يتصور استحقاقها
بالعقد فلا يجب عليه الاجر وان اعطاه الاجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده على صاحبه وفى المحيط اذا اخذ
المال من غير شرط يباح له لانه عن طوع من غير عقد وفى شرح الكافى لا يجوز الاجارة على شئ من الغناء والنوح
والمزامير والطبل او شئ من اللهو ولا على قرأة الشعر ولا اجر فى ذلك وفى الولوالجى رجل استأجر رجلا ليضرب له
الطبل ان كان للهو لا يجوز وان كان للغزو او القافلة او العرس يجوز لانه طاعة (ويفتى اليوم بالجواز) اى
بجواز اخذ الاجرة (على الامامة وتعليم القرأن والفقه) والاذان كما فى عامة المعتبرات وهذا على مذهب المتأخرين
من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك وقالوا بنى اصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس
فيهم وكانت لهم عطيات من بيت المال وافتقاد من المتعلمين فى مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط مروة يعينونهم

على

على معاشهم ومعادهم وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفا من ذهاب القرأن وتحريضا على التعليم حتى ينهضوا
لاقامة الواجب فيكثر حفاظ القرآن واما اليوم فذهب ذلك كله وانقطعت العطيات من بيت المال بسبب استيلاء
الظلمة واشتغل الحفاظ بمعاشهم وقلما يعلم حسبة ولا يتفرغون له ايضا فان حاجتهم يمنعهم من ذلك فلو لم يفتح
باب التعليم بالاجر لذهب القرأن فافتوا بجوازه لذلك وراوه حسنا وقالوا الاحكام قد تختلف باختلاف الزمان الا يرى
ان النساء كن يخرجن الى الجماعات فى زمانه عليه السلام وزمان ابى بكر الصديق رضى الله تعالى عنه حتى
منعهن عمر رضى الله تعالى عنه واستقر الامر عليه وكان ذلك هو الصواب كما فى التبيين وفى النهاية يفتى بجواز الاستيجار
على تعليم الفقه ايضا فى زماننا وفى الخانية خلافه تتبع وفى المجمع يفتى بجواز الاستيجار على التعليم والفقه والامامة
كذا فى الذخيرة والروضة ولا يجوز استيجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف كما فى شرح الكنز للعينى
(ويجبر المستأجر) وهو الصبى او وليه (على دفع ماسمى) من الاجر (ويحبس به) اى بالاجر الذى ماسمى
(و) يجبر (على) دفع (الحلوة المرسومة) الحلوة بفتح الحاء المهملة هدية تهدى الى المعلمين على رؤس بعض سور القرأن
سميت بها لان العادة اهداء الحلاوى وهى لغة ما يستعملها اهل ماوراء النهر حتى لو لم يكن بينهما قول وشرط يؤمر
بارضائه العلم وفى الخانية وغيرها رجل استأجر رجلا ليعلم ولده او عبده الحرفة فيه روايتان فى رواية المبسوط تجوز
وفى رواية القدورى لا تجوز فان بين لذلك وقتا معلوما سنة او شهرا جازت الاجارة ويستحق المسمى تعلم الولد او لم يتعلم
وان لم يبين لذلك وقتا لا تصح الاجارة وله اجر المثل ان تعلم الولد والعبد وان لم يتعلم فلا اجر له وفى الجواهر استوجروا
لحمل جنازة مسلم او لغسل ميت فان كان فى موضع لا يوجد من يغسله غير هؤلاء فلا اجر لهم وان كان فى موضع فيه اناس
غيرهم فلهم الاجر وفى التتف اجارة السفن جائزة وهى على وجهين احدهما ان يستأجرها الى مدة معلومة والآخر
ان يستأجرها الى مكان معلوم وكلاهما جائزان ان مضت المدة وهى فى البحر فله ان يمسكها حتى تخرج من البحر ويعطيه
اجر مثلها وكذا اجارة الخيام والفسطاط جائزة وله ان ينصب ذلك كما ينصب الناس فان احترق فى الشمس او فسد
فى السفر من المطر او الثلج او تخرق من غير عنف او خلاف فلا ضمان وكذا اجارة الاسلحة جائزة وله ان يقاتل ولا ضمان
عليها ان هلكت وان تعدى عليها فهلك فعليه الضمان ولا اجر عليه (ولا تصح اجارة المشاع) سواء كان الشيوع فيما
يحتمل القسمة كالعرض او فيما لا يحتمل القسمة كالعبد عند الامام لان اجارة الدار مثلا انما هى للانتفاع بعينها وهذا غير
متصور فى المشاع حيث لا يمكن التسليم بخلاف بيعه والمراد من الشيوع الشيوع الاصلى لان الطارى لا يفسد الاجارة
فى ظاهر الرواية عند الامام وعنه يفسدها (الا من الشريك) فانه يجوز مشاعا بالاجماع فى ظاهر الرواية عن الامام
لان الكل مجتمع على ملكه فلا يلزم الشيوع وعنه لا يجوز ايضا ثم اختلف المشايخ على قول الامام قيل لا ينعقد حتى
لا يجب الاجر اصلا وقيل ينعقد فاسدا حتى يجب اجر المثل وهو الصحيح (وعندهما تصح) اجارة المشاع (مطلقا)
سواء اجر نصيبه شريكه او غيره لانه نوع تمليك فيجوز كالبيع وبه قال الشافعى ومالك والحيلة فى جواز اجارة المشاع
ان يستأجر الكل ثم يفسخ فى النصف فانه يجوز لان الشيوع الطارى لا يفسدها كما مر ويحكم الحاكم بجوازه وفى المغنى
الفتوى فى اجارة المشاع على قولهما لكن فى الخانية وغيرها الفتوى على قول الامام وبه جزم اصحاب المتون والشروح
فكان هو المذهب كما فى المنح (وان اجر دارا من رجلين صح اتفاقا) لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع لتفرق الملك
بينهما طار (ويجوز استيجار الظئر) وهى مرضعة (باجر معلوم) والقياس ان لا يصح كاجارة البقرة او الشاة
لشرب لبنها واجارة البستان ليأكل ثمره وجه الاستحسان قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وعليه انعقد
الاجماع وقد جرى به التعامل فى الاعصار بلا نكير لانه عقد على منفعة هى تربية الصبى واللبن تابع وهو اختيار
صاحب الذخيرة والايضاح واقرب الى الفقه كما فى الهداية وهو الصحيح كما فى الكافى وقيل عقد على اللبن لانه
المقصود والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الائمة السرخسى وفى العناية كلام فليطالع (وكذا) يجوز استيجارها
(بطعامها وكسوتها) استحسانا عند الامام لان الجهالة هنا لا تفضى الى النزاع لان العادة جارية بالتوسعة على الظئر
شفقة على الولد (خلافا لهما) اى قالا لا يجوز قياسا للجهالة وهو قول الشافعى وفى الجامع الصغير ان سمى الطعام
دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وبين ذرعها جاز اجماعا ومعنى تسمية الطعام دراهم ان تجعل الاجرة دراهم
ثم يدفع الطعام عوضا عنها ولو بين جنس الطعام ووصفه وقدره جاز ايضا وفى الطعام لا يشترط الاجل (وعليها)
اى على (الظئر غسل الصبى وغسل ثيابه) عن البول والغائط لا عن الوسخ (واصلاح طعامه) بالمضغ او الطبخ
(ودهنه) بفتح الدال اى جعل الصبى مطلا بالدهن بالضم لان كلا منها عليها عرفا والعرف معتبر فيما لا نص فيه
(لا) يجب على الظئر (ثمن شئ منها) اى من هذه المذكورات (بل هو) اى ثمن طعامه ودهنه وما غسل به ثيابه

من الصابون ونحوه (واجرها) اى اجر الظئر (على من نفقته) اى نفقة الصبى (عليه) سواء كان والده او غيره ممن تجب عليه نفقته فلومات ممن تجب عليه نفقته فعلى الوصى من مال الصبى فلا تبطل الاجارة بموته وقال ابو بكر انها تبطل اذا كان للصبى مال كما فى القهستانى وماذكر محمد من ان الدهن والريحان على الظئر فبناء على ماهو عرف الكوفة ثم فرعه بقوله (فان ارضعته) اى ان ارضعت الظئر الصبى بمعنى اوجرته فقولهم فان ارضعته يكون من قبيل المشاكلة (فى المدة) اى فى مدة الرضاء (بلبن شاة) فى فمه (اوغذته) من التغذية (بطعام) ومضت المدت (فلا اجر لها) لانها لم تأت بالعمل الواجب عليها وهو الارضاع وهذا ايجار وليس بارضاع وهو غير ماوقع عليه عقد الاجارة ولهذا لو اوجر الصبى بلبن الظئر فى المدة لم تستحق الاجر فعلم بهذا ان المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن كما فى العناية وفى المحيط لواستأجر شاة لترضع جديا اوصبيا لايجوز لان للبن البهايم قيمة فوقعت الاجاره عليه وهو مجهول فلايجوز وليس للبن المرأة قيمة فلا تقع الاجارة عليه وانما تقع على فعل الارضاع والتربية والحضانة وفى القهستانى فان جحدته الظئر فالاعتبار ليمينها وليبنتهم وان اقام كل بينة فبينتها وهذا اذا شهدوا انها ارضعته بلبن شاة ومارضعته نفسها فلو اكتفى بالنفى لم تقبل لانها شهادة على النفى بخلاف الاول فان النفى فيها دخل فى ضمن الاثبات كما فى المحيط وفى الغرر بخلاف ماذا دفعته الى خادمتها حتى ارضعته حيث تستحق الاجر (ولزوجها) اى لزوج الظئر (وطئها) اذا اراد لانه حقه فلا يتمكن المستأجر من ابطاله (لا) وطئها (فى بيت المستأجر) اذامنع المستأجر عن الوطئ فيه لانه ملكه فيمنعه فان لم يمنع بل اذن فيه جاز (وله) اى لزوج الظئر (فسخها) اى الاجارة (ان لم تكن) الاجارة (برضاه) سواء كان تشينه اجارتها بان كان وجيها بين الناس اولم تشنه فى الاصح لكن ليس على الاطلاق بل (ان كان نكاحه) اى نكاح الزوج (ظاهرا) بين الناس او يكون عليه شهود صيانة لحقه (لا) اى ليس له ان يفسخ الاجارة (ان اقرت) المرأة به اى بالنكاح لان الاقرار حجة قاصرة غير مقبولة فى ابطال حق الغير وهو المستأجر (ولاهل الطفل فسخها) اى الاجارة (ان مرضت) الظئر او (حبلت) لان الحبلى والمريضة تضر بالصغير وكذا تفسخ المرضعة اذا مرضت او حبلت ان خيف عليها وكذا تفسخ اذ تقيأ لبنها اوكانت سارقة اوفاجرة ثابتا فجورها بخلاف ماذا كانت كافرة كما فى شرح الكنز وغيره ومافى القهستانى من انه صح استيجار الظئر الكافرة والفاجرة لكن نهى عن ارضاع الحمقاء نوع مخالف الا ان يراد بالفاجرة غير ثابت فجورها او يراد صحة الاستيجار فقط وكذا تفسخ اذ كان الصبى لا يأخذ ثديها ولها ايضا فسخها اذا كانت تتأذى منهم وكذا اذا لم تجر عادة بارضاع ولد غيرها ولا تفسخ بموت اب الصبى لان الاجارة واقعة للصبى لا للاب سواء كان له مال اولم يكن بخلاف موت الصبى او الظئر فانها انقضت ولوسافرت هى واهل الصبى تفسخ الاجارة (وفسد استيجار حائك لينسج له غزلا بنصفه) اى بنصف الغزل او ثلثه (او) استيجار (حمار ليحمل عليه طعاما) الى بيته (بقفيز منه) اى من الطعام بان جعل القفيز اجرته (او) استيجار (ثور ليطحن له برا بقفيز من دقيقه) اى دقيق ذلك البر اما فساد الاولى والثانية فلانه جعل الاجر بعض مايخرج من عمله فصار فى معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه رسول الله عليه السلام والمعنى فيه ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر لانه بعض مايخرج من عمل الاجير والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد وهو لايقدر بنفسه وانما يقدر بغيره فلا يعد قادرا ففسد قال ابو المكارم قال قاضيخان يجوز النسج بالثلث اوالربع وبه اخذ الفقيه ابو الليث والامام الحلوانى والامام ابو على النسفى (ويجب اجر المثل فى الكل لايجاوز المسمى) لان الاجارة لما فسدت وجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل لرضاه بحط الزيادة بخلاف ماذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لايجب الاجر لان الاجير فيه ملك النصف فى الحال بالتعجيل فصار حاملا طعاما مشتركا بينهما و بحمل طعام مشترك بينهما لايجب الاجر اذ ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه وفى المنح اشكال وجواب ان شئت فارجع وفى الهداية بخلاف ما اشتركا فى الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا مابلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط وعند ابى يوسف لايجاوز باجرة نصف ثمن ذلك لانه رضى بنصف المسمى حيث اشترك هذا اذا احتطب احدهما وجمع الاخر واما اذا احتطبا جميعا فهما شريكان على سواء كما فى النهاية والعناية وفى التنوير اذا استأجره ليصيد له او يحتطب فان وقت جاز والا لا الا اذا عين الحطب وهو ملكه (وان استأجره ليخبز له اليوم قفيزا بدرهم فسد) العقد عند الامام لان المعقود عليه مجهول لذكره فيه امرين يحتمل كل منهما ان يكون معقودا عليه العمل والوقت فالعمل بنفع المستأجر لانه لايعطى الاجر الى الموجر الا بعد تمام العمل والوقت بنفع الاجير لانه يستحق الاجر بمضى المدة سواء عمل اولم يعمل ولا رجحان فى احدهما فيؤدى الى النزاع ولوكان المعقود عليه كلاهما

يلزم

يلزم ان يعمل مستغرقا لهذا اليوم فذلك مما لا يقدر عليه احد عادة (خلافا لهما) اى قالا هذه جائزة ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغه فى اليوم فعليه ان يعمل فى الغد لان المعقود عليه هو العمل وذكر اليوم للتعجيل (ولو قال فى اليوم) بكلمة فى (صح اتفاقا) لان كلمة فى للظرف لا لتقدير المدة فلايقتضى الاستغراق فكان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم بخلاف ما اذا حذفت فى انه يقتضى الاستغراق ولواستأجره ليخبز له كذا من الدقيق على ان يفرغ منه اليوم يجوز بالاجماع (وان استأجر ارضا على ان يكربها) من كرب الارض اذا اصلحها بالحراث من باب نصر (ويزرعها او) استأجرها على ان (يسقيها ويزرعها صح) الاستيجار لكونه شرطا يقتضيه العقد لان الزراعة لاتتأتى الا بالكراب والسقى (و) ان استأجرها (على ان يثنيها) ان كان المراد بالتثنية ان يرد الارض مكروبة تفسد الاجارة لبقاء نفع الكراب بعد انقضاء المدة وهذا شرط لايقتضيه العقد وسبب الفساد بقاء النفع لرب الارض فتوجد صفقتان فى صفقة وهى منهى عنها وان كان المراد كرب الارض مرتين وكانت الارض تخرج الزرع بكربها مرة والمدة سنة واحدة تفسد الاجارة ايضا لما مر وان كانت تخرجه بكربها مرتين لاتفسد لعدم بقاء اثر التثنية وكذا لاتفسد ان كانت المدة فى هذه الصورة سنتين او اكثر لعدم منفعة التثنية (او) استأجرها على ان (يكرى نهرها) اى يحفر انهارها العظام تفسد الاجارة لبقاء منفعة فى العام القابل بخلاف الجداول كما فى التبيين (او) على (ان يسرقنها) اى يجعل السرقين عليها وهو الزبل وهو معرب ويقال له السرجين تفسد الاجارة لبقاء الاثر بعد لا انقضاء الا اذا كان الريع لايخرج الا بالسرقنة او كانت المدة طويلة (لايصح) الاستيجار فى الكل لما قررناه آنفا (وكذا) لايصح الاستيجار (للزراعة) اى لزراعة الارض (بزراعة) ارض اخرى بان جعلت زراعة الارض الاخرى اجرتها (وللركوب) اى لايصح استيجار دابة ليركبها (بركوب) دابة اخرى ليركبها الاخر بمقابلتها (وللسكنى) اى لايصح استيجار دار ليسكنها (بسكنى) دار اخرى ليسكنها الاخر بمقابلتها (وللبس) اى لايصح استيجار ثوب ليلبسه (بلبس) ثوب اخر ليلبسه الاخر بمقابلته و يكون من قبيل بيع الشئ بجنسه نسيئة وذا لايجوز خلافا للائمة الثلاثة وفى الدرر كلام ان شئت فطالع ثم لو استوفى احدهما المنفعة عند اتحاد الجنس فله اجر المثل فى ظاهر الرواية وذكر الكرخى عن ابى يوسف انه لاشئ عليه (وان استأجر شريكه) اى حمار شريكه او حماره (لحمل طعام هو) اى الطعام (لهما لايلزم الاجر) الذى سماه ولا اجر المثل لانه لايعمل شيئا للشريك الا و يقع بعضه لنفسه فلا يستحق الاجر وعند الائمة الثلثة تجوز هذه الاجارة و يجب المسمى لانه اوفى المشروط عنه (كراهن استأجر الرهن من المرتهن) اى كما لايجوز للراهن استيجار الرهن من المرتهن لان الرهن ملك الراهن والمرتهن ليس بمالك حتى يوجره منه وفى المنح لواستأجر حماما فدخل الاجر مع بعض اصدقائه الحمام فانه لاتجب الاجرة لانه يسترد بعض المعقود عليه وهو منفعة الحمام فى المدة ولايسقط شئ من الاجرة لانه ليس بمعلوم (وان استأجر) رجل ارضا ولم يذكر انه يزرعها اولم يبين مايزرعها (لايصح) العقد لان استيجار الارض غير مختص للزراعة وكذا مايزرع فيها مختلف فبعضه اقل ضررا بها من بعض فلابد من التسمية عند العقد والا لايعلم المعقود عليه فيفضى الى الفساد هذا (ان لم يعمم) الموجر اما ان عمم بان يقول على ان تزرع ماشئت فح يصح لوجود الاذن منه (فان زرعها) بلا ذكر الزراعة ومايزرع فيها (ومضى الاجل عاد) العقد (صحيحا وله) اى للموجر (المسمى) من الاجرة استحسانا لارتفاع الجهالة وانقطاع المنازعة فينقلب جائزا كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مجيئه وفى القياس لايعود وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلاينقلب جائزا فيلزم اجر المثل كما فى اكثر الكتب ومافى المنح من انه وعند محمد لايعود صحيحا وهو القياس مخالف لاكثر الكتب تدبر (وان استأجر حمارا الى مكة ولم يذكر مايحمل عليه فحمل المعتاد) اى مايحمل الناس على مثله (فنفق) اى هلك فى الطريق (لايضمن) المستأجر لان العين المستأجر امانة فى يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة هذا اذا لم يتعد فاذا تعدى ضمن ولا اجر عليه (وان بلغ) الحمار مع الحمل (مكة) شرفها الله تعالى (فله) اى للموجر (المسمى) من الاجرة عند العقد استحسانا لان الفساد كان للجهالة فاذا حمل عليه شيئا يحمل على مثله تعين ذلك فانقلب صحيحا وفى البزازى تكارى دابة الى فارس فالاجارة فاسدة لان فارس وخراسان وخوارزم وشام وفرغانة وسغد وماوراء النهر وهند والخطاى والدشت والروم واليمن اسم للولاية و بخارى وسمرقند وبلخ وجرجانية وهراة واوزجند اسم البلدة وجعل شمس الائمة بخارى اسم الولاية ففى كل موضع هو اسم الولاية اذا بلغ الادنى له اجر المثل لايتجاوز عن المسمى وفى كل موضع هو اسم البلد اذا وصل البلد يلزم البلاغ الى منزله (وان اختصما) اى الموجر والمستأجر (قبل الزرع) فى مسئلة استيجار الارض بلا ذكر الزرع (و) قبل (الحمل) فى مسئلة استيجار الحمار (نقضت الاجارة دفعا للفساد) لبقائه قبل

ارتفاع الجهالة بالتعيين بالزرع فى المسئلة السابقة و بالحمل فى هذا فلو اختصما بعد الزرع او الحمل لايقضى بنقض العقد لعدم الامكان بل يبقى على ما كان فلا يندفع الفساد فى المسئلة السابقة الا بمضى الاجل او بالبلوغ فى المسئلة الثانية ولو استأجر دابة ثم جحد الاجارة فى بعض الطريق وجب عليه اجر ماركب قبل الانكار ولا يجب لما بعده هذا عند ابى يوسف وعند محمد يجب الاجر كله وفى التنوير اجارة المنفعة بالمنفعة تجوز اذا اختلفا واذا اتحدا لا

* فصل *

لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع فى بيان احكام بعد الاجارة وهى الضمان والاجير نوعان مشترك وخاص والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى (الاجير المشترك من يعمل لغير واحد) معناه ان لايختص بواحد عمل لغيره اولم يعمل ولا يشترط ان يكون عاملا لغير واحد بل اذا عمل لواحد ايضا فقط فهو مشترك اذا كان لايمتنع ولا يتعذر عليه ان يعمل لغيره وفى الغرر الاجير المشترك من يعمل لا لواحد ويعمل له غير موقت او موقتا بلا تخصيص وفى القدورى المشترك من لايستحق الاجر حتى يعمل والاجير الخاص هو الذى يستحق الاجر بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل وفى التبيين هذا يؤل الى الدور لان هذا حكم لايعرفه الا من يعرف الاجير المشترك والخاص واجاب صاحب العناية بانه قد علم مما سبق فى باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرف وقيل قوله من لايستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لايصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو الصحيح لكن قوله لان المعقود ينافى ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفى كونه مفردا لايصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وتمامه فيه فليطالع قال الزيلعى والاوجه ان يقال الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله ليسلم عن النقض والاجير الخاص الذى يكون عقده واردا على منافعه ولا تصير معلومة الا بذكر المدة او بذكر المسافة وتمامه فيه فليراجع (ولايستحق) الاجير المشترك (الاجر حتى يعمل كالصباغ والقصار) ونحوهما لان الاجارة عقد معاوضة فتقتضى المساواة بين العوضين فما لم يسلم المعقود عليه للمستأجر وهو العمل لايسلم للاجير العوض وهو الاجر (والمتاع فى يده) اى فى يد الاجير (امانة لايضمن ان هلك) المتاع من غير فعله عند الامام وهو قول زفر وحسن بن زياد قياسا سواء هلك بامر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب او لايمكن التحرز عنه كالحريق الغالب والعدو المكابر لان العين امانة فى يده لحصول القبض باذنه فلا يكون الحفظ مقصودا بالذات ولذا لايقابله الاجر لان الاجر فى الاجارة بمقابلة العمل او الوصف بخلاف المودع باجر لان حفظه مق حتى يقابله الاجر (وان) وصلية (شرط) عليه (ضمانه) لانه شرط لايقتضيه العقد (به) اى بعدم الضمان (يفتى) وفى الخانية والفتوى على قول الامام وفى المنح وقد جعل الفتوى عليه فى كثير من المعتبرات وبه جزم اصحاب المتون وكان هو المذهب (وعندهما) وعند مالك والشافعى فى قول (يضمن ان امكن التحرز منه) اى من الهلاك (كالغصب والسرقة بخلاف ما لايمكن التحرز عنه (كالموت) حتف انفه (والحريق الغالب والعدو المكابر) لكونه سببا لصيانة اموال الناس وافتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة لاختلاف الصحابة والائمة وعلى هذا حكم الولاة والقضاة عملا بالقولين وفى شرح المجمع نقلا عن المحيط الخلاف فيما اذا كانت الاجارة صحيحة وان فاسدة لايضمن اتفاقا (ويضمن) ما اى الذى (تلف بعمله) اى بعمل الاجير المشترك (اتفاقا كتخريق الثوب من دقه) اى دق القصار (وزلق الحمال) اذا لم يكن من مزاحمة الناس كما فى الاصلاح فان التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبت فى المشى (وانقطاع الحبل الذى يشد به المكارى) الحمل فان التلف الحاصل به حصل من تركه التوثيق فى شد الحبل (وغرق السفينة من مدها) وفيه اشارة الى ان السفينة لو غرقت من موج او ريح او نحوهما لم يضمن كما فى القهستانى وقال زفر والشافعى لايضمن لانه مأمور بالعمل مطلقا وانه ينتظم السليم والمعيب ولنا ان المقصود هو المصلح دون المفسد فكان هو المأذون فيه دون غيره وفى شرح الوقاية لصدر الشريعة ينبغى ان يكون المراد بقوله ما تلف بعمله عملا جاوز فيه القدر المعتاد على ما يأتى فى الحجام او عملا لايعتاد فيه المقدار المعلوم لكن ما فى المنح نقلا عن العمادية مخالف لانه قال وان هلك بفعله بان تخرق بدقه او عصره يضمن عندنا بخلاف البزاغ والحجام فان البزاغ ونحوه لايضمن ما هلك بفعله اذا لم يجاوز المعتاد ومعناه ان الاجير المشترك يضمن ما هلك بفعله جاوز المعتاد او لا تدبر (لكن لايضمن به) اى بغرق السفينة (الادمى) من مدها (ممن غرق فى السفينة او سقط من الدابة) وان كان بسوقها او قوده لان ضمان الادمى لايجب بالعقد بل بالجناية وما يجب بها يجب على العاقلة والعاقلة لاتتحمل ضمان القود وهذا ليس بجناية لكونه مأذونا فيه هذا الكلام اذا كان ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح انه لافرق (ولايضمن فصاد ولا بزاغ لم يجاوز المعتاد) فانه لايجب الضمان اذا سرى الى النفس لانه ليس بالوسع لعدم العلم بحصول الموت الا ان يجاوز الموضع المعتاد لان

ذلك

ذلك غير مأذون فيه فيضمن الزائد هذا كله اذا لم يهلك وان هلك يضمن نصف الدية حتى ان الختان لو قطع الحشفة و برئ المقطوع تجب عليه دية كاملة لان الزائد هو الحشفة وهو عضو كامل فتجب عليه الدية كاملة وان مات وجب عليه نصف الدية لان النفس تلفت بمأذون فيه وغير مأذون فيه فيضمن نصف الدية وهو من اغرب المسائل حيث يجب الاكثر بالبرء والاقل بالهلاك وتفصيله فى المنح فليطالع وسئل صاحب المحيط عن فصاد جاء الى الغلام وقال افصد لى فقصده فصدا معتادا فمات من ذلك السبب قال يضمن الفصاد قيمة العبد ويكون على عاقلة الفصاد لانه خطأ وكذلك الصبى تجب ديته على عاقلة الفصاد وسئل عن رجل فصد نائما وتركه حتى مات من سيلان الدم قال يجب عليه القصاص كما فى الفصول العمادية (ولو انكسر دن فى طريق الفرات) ذكر الفرات للشهرة بالوفرة والزيادة بلا فائدة (فلمالكه ان يضمنه) اى الحمال (قيمته) اى قيمة الدن التى تقوم (فى مكان حمله ولا اجر له او) ضمن قيمته (فى مكان كسره وله) اى الحمال (الاجر بحسابه) اما الضمان فلان السقوط بالعثار او بانقطاع حبل وكل ذلك من صنعه واما الخيار فلانه اذا انكسر فى الطريق والحمل شئ واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه اخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اى الوجهين شاء وفى الوجه الثانى له الاجر بقدر ما استوفى وفى الوجه الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا كما فى الهداية (و) ثانى النوعين (الاجير الخاص) وهو من (يعمل لواحد) قيد صاحب الدرر بقوله عملا موقتا بالتخصيص وقال فوائد القيود عرفت مما سبق (ويسمى اجير وحد) ايضا (ويستحق) الاجير الخاص (الاجر بتسليم نفسه) اى اجر (مدته) اى العقد سواء عمل اولم يعمل مع التمكن بالاجماع (كمن استوجر للخدمة) الغير المعينة (سنة او لرعى الغنم) لهذا المستأجر دون غيره لان العقد ورد على منافعه وذكر العمل لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وصار كما لو باع عبدا من رجل حيث لايملك بيعه من اخر وفى شرح الوافى واعلم انه ان استأجره لرعى غنمه بدرهم شهرا فهو اجير مشترك الا ان يقول ولا ترعى غنم غيرى فح يصير اجير وحد وان استأجره لرعى غنمه شهرا بدرهم فهو اجير وحد الا ان يقول و يرعى غنم غيرى وفى الذخيرة ولو استأجره يوما للعمل فى الصحراء فمطرت السماء بعدما خرج الاجير الى الصحراء لا اجر له لان تسليم النفس فى ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر وبه كان يفتى المرغينانى كما فى الشمنى وفى المنح وان هلك فى المدة نصف الغنم او اكثر من النصف فله الاجر كاملة ما دام يرعى منها شيئا لان المعقود عليه هو تسليم نفسه وقد وجد وليس للراعى ان ينزو على شئ منها بغير اذن صاحبها لان الانزاء حمل عليها فان فعل فعطبت ضمن وان كان الفحل نزا عليها فعطبت فلا ضمان عليه لانه بغير فعله كما فى الجوهرة وفى العمادية ثم الراعى اذا كان اجير وحد فماتت من الاغنام واحدة حتى لايضمن لاينقص من الاجر بحسابها لان الغنم لو ماتت كلها لاينقص من الاجر شئ انتهى وهو مخالف لقول الجوهرة ما دام يرعى منها شيئا كما لايخفى (ولا يضمن) الاجير الخاص (ما تلف فى يده) بان يسرق منه او غاب او غصب (او بعمله) لان العين امانة فى يده بالاتفاق لانه لايتقبل الاعمال الكثيرة من الناس فلا يوجد العجز والتقصير فى الحفظ بخلاف الاجير المشترك المأذون كانكسار القدوم او تحرق الثوب عند العمل اذا لم يتعمد الفساد لانه يتقبل الاعمال من الخلق طمعا فى الاجر فيعجز عن القيام فيجب عليه الضمان عندهما استحسانا لصيانة اموال الناس كما مر وفى المنح الراعى اذا خلط الغنم بعضها ببعض فان كان يقدر على التمييز لايضمن ويكون القول قوله فى تعيين الدواب انها لفلان وان كان خلطا لايمكن التمييز يكون ضامنا قيمتها والقول فى مقدار القيمة قول الراعى وتعتبر قيمة الاغنام يوم الخلط فان دفع غنم رجل الى غير صاحبها فاستهلكها المدفوع اليه واقر الراعى بذلك ضمن الراعى ولا ضمان على المدفوع اليه ولا يقبل قول الراعى على المدفوع اليه ان كان الراعى اقر وقت الدفع انها للمدفوع اليه ولو ندت بقرة من الباقورة فخاف البقار انه لو تبعها يضيع الباقى كان فى سعة من ان لايتبعها ولا ضمان عليه بالاتفاق ان كان الراعى خاصا وان مشتركا فكذلك عند الامام وعندهما يضمن وفى التنوير استأجر حمارا فضل عن الطريق ان علم انه لايجده بعد الطلب لايضمن وفى الجواهر بقار ترك البقور مع صبى لحفظهن فهلكت بقرة وقت السقى بافة فان كان للصبى قدرة الحفظ لم يضمن والا يضمن ولو جاء البقار ليلا وزعم انه رد البقرة وادخلها القرية فطلبها صاحبها ولم يجدها ثم وجدها بعد ايام فى قرى الجبانة قد عطبت قالوا ان كان العرف فيما بينهم ان البقار يدخل البقور فى القرية ولم يطلبوا منه ان يدخل كل بقرة فى منزل صاحبها كان القول قول البقار مع يمينه انه ادخل البقرة فى القرية فلا ضمان عليه (وصح ترديد الاجر) اى جعله مترددا (بين نفعين مختلفين وايهما وجد لزم ما سمى له نحو) لو قال للخياط (ان خطته فارسيا فبدرهم او روميا فبدرهمين) فاى عمل من هذين العملين عمل يستحق المسمى هذا عند الكل لانه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين والاجر قد يجب بالعمل وعند العمل يرتفع الجهل

وعند زفر والائمة الثلاثة لايجوز لجهالة المعقود عليه للحال (و) كذا لوقال للصباغ (ان صبغته بعصفر فبدرهم
و بزعفران فبدرهمين) هذا عند الكل لمامر (و) كذا لوقال للمستأجر (ان سكنت فى هذه الدار فبدرهم فى الشهر او)
ان سكنت (فى هذه) الدار (فبدرهمين) كذا لوقال (ان ركبتها الى الكوفة فبدرهم او) ان ركبتها
(الى وسط فبدرهمين) قيل فيه احتمال الخلاف لان هذه المسئلة ذكرت فى الجامع الصغير مطلقا فيحتمل
ان يكون قول الكل اوقول الامام خاصة (وكذا يصح لو ردد بين ثلثة) اشياء بان قال ان خطته
فارسيا اور وميا اوا و تركيا (لا) يصح (بين اربعة اشياء) كما فى البيع والجامع دفع الحاجة غير انه يشترط
خيار التعين فى البيع دون الاجارة لان الاجرة انما تجب بالعمل واذا وجد يصير المعقود عليه معلوما
بخلاف البيع فان الثمن يجب بنفس العقد والمبيع مجهول (ولوقال) للخياط (ان خطته اليوم فبدرهم او) ان خطته
(غدا فبنصفه فخاطه اليوم فله الدرهم وان خاطه غدا فله اجر المثل) لكن (لايجاوز) اجر المثل (نصف درهم)
لانه هو المسمى فى اليوم الثانى قال القدورى هى الصحيحة وفى الجامع الصغير لايزاد على درهم ولاينقص من نصف
درهم هذا عند الامام لان ذكر اليوم للتعجيل دون التوقيت و يدل عليه هنا نقص الاجر لواخر الفعل الى الغد فتبقى
فى اليوم الثانى تسميتان احديهما درهم والاخرى نصف والتسميتان فى عقد واحد مفسدة فوجب اجر المثل
كما لوقال خطه اليوم بدرهم اونصفه فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت اذ لوكان للتأقيت يفسد العقدان لاجتماع الوقت
والعمل فيصير اجيرا مشتركا واجيرا خاصا وانه لايجوز وكذا لايكون ذكر الغد للترفيه بل يكون للتعليق فيجوز
فى الاول دون الثانى على مامر وفى اكثر الكتب ولوخاطه بعد غد فالصحيح انه لايجاوز به نصف درهم عند الامام واما
عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولايزاد عليه (وقالا الشرطان جائزان) حتى اذا خاطه اليوم فله درهم
واذا خاطه غدا فله نصف درهم لان ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فوجدت فى كل واحد من وقتين التسمية
مقصودة فصارا عقدين كاختلاف النوعين كالرومية والفارسية وعند زفر الشرطان فاسدان وهو قول الائمة الثلاثة
لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه والتوسيع فيجتمع فى كل يوم تسميتان (ولوقال ان سكنت) بالتشديد
من باب التفعيل ويجوز ان يكون سكنت بالتخفيف من الثلاثى فعلى هذا يكون قوله عطارا وحدادا حالا
ويكون المعنى ان سكنت هذا الحانوت حال كونك عطارا وحال كونك حدادا (هذا الحانوت عطارا فبدرهم
او) ان سكنت (حدادا فبدرهمين جاز) عند الامام لانه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين والجهالة فى العمل
ترتفع عند المباشرة (خلافا لهما) اى قالا لايجوز لان المعقود عليه واحد والاجران مختلفان ولايدرى ايهما يجب
فلا يجوز وبه قال زفر والائمة الثلاثة (وكذا الخلاف) بين الامام وصاحبيه (لوقال ان ذهبت بهذه الدابة) الباء للتعدية
الى الحيرة فبدرهم وان جاوزتها) اى الحيرة منتهيا (الى القارسية فبدرهمين اوقال ان حملت عليها الى الحيرة كر
شعير فبدرهم وان حملت كر بر فبدرهمين) فالعقد جائز فيهما عند الامام لمامر انه خير بين عقدين صحيحين مختلفين
كما فى مسئلة الخياطة الرومية والفارسية وعندهما لايجوز وبه قال زفر والائمة الثلاثة لان المعقود عليه وكذا الاجر
احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد (ولا) يجوز ان (يسافر) المستأجر (بعبد استأجره للخدمة
بلا اشتراطه) اى بلا اشتراط السفر لان فى خدمة السفر زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق وعليه عرف الناس
فانصرف الى الحضر بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لايتقيد الحضر لان مؤنته عليه ولم يوجد العرف فى حقه
الا اذا شرط ذلك اوكان وقت الاجارة متهيئا للسفر وعرف بذلك فيجوز ولوسافر المستأجر بالعبد المستأجر ضمن
قيمته لمالكه اذا هلك لانه صار غاصبا ولااجر عليه وان سلم لان الاجر والضمان لايجتمعان (ولو استأجر عبدا محجورا
فعمل) العبد (واخذ الاجر لايسترده منه) اى لايسترد المستأجر مادفعه اليه لعمله من العبد المحجور لان هذه الاجارة
بعد الفراغ صحيحة استحسانا لان الفساد لرعاية حق المولى فبعد الفراغ رعاية حقه فى الصحة و وجوب الاجر له
والقياس ان يسترده لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وهو قول الائمة الثلاثة وفى شرح الكنز للعينى وعليه اجر المثل
وكذا الحكم فى الصبى المحجور عليه اذا اجر نفسه فالاجر له ولواعتقه المولى فى نصف المدت نفذت الاجارة ولاخيار
للعبد فاجر مامضى للسيد واجر مايستقبل للعبد وان اجره المولى ثم اعتقه فى نصف المدة فللعبد الخيار
فان فسخ الاجارة فاجر مامضى للمولى وان اجاز فاجر مايستقبل للعبد والقبض للمولى واذا هلك العبد المحجور
فى حالة الاستعمال يجب عليه قيمته ولايجب عليه الاجر (ولواجر العبد المغصوب نفسه) لاخر (فاكل غاصبه) اى العبد
اجره (لايضمنه) اى لايضمن الغاصب مااخذ من الاجر من يد العبد فاتلفه عند الامام لان الضمان انما يجب باتلاف
مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز فى حق الغاصب لان العبد لايحرز نفسه فكيف يحرز مافى يده كما لواجره

الغاصب فاخذ اجره فاتلف حيث لاضمان عليه بالاتفاق قيل رده على المغصوب منه اوتصدقه اولى لتطرق
خبث فيه (خلافا لهما) اى قالا يضمن لانه اكل مال المالك بغير اذنه لان الاجارة تعتبر صحيحة بعد الفراغ
على مامر فيكون الاجر راجعا الى مولاه (وما وجده) من الاجر (سيده اخذه) فى يد العبد وغيره بالاتفاق لانه
عين ماله ولايلزم من بطلان التقوم بطلان الملك (وقبض العبد اجره) من المستأجر (صحيح) بالاجماع لانه
المباشرة للعقد فيخرج المستأجر عن عهدة الاجرة بالاداء الى العبد (ولواجر) رجل (عبده هذين الشهرين) اجر
(شهرا باربعة) دراهم (وشهرا بخمسة) دراهم من غير تعيين منهما (صح) العقد على الترتيب المذكور (والاول
باربعة) لانه لما قال شهرا باربعة ينصرف الى مايلى العقد تحريا بالجواز فينصرف الثانى الى مايلى الاول ضرورة
(ولواستأجر عبدا فابق اومرض) يعنى اذا استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه فى اول الشهر ثم جاء آخر الشهر والعبد
مريض اوآبق واختلفا (فادعى) المستأجر (وجوده) اى وجود المرض اوالاباق (اول المدة) وادعى (المولى وجوده
قبيل الاخبار بساعة حكم الحال) اى يجعل الحال حكما بينهما فيكون القول قول من يشهد له الحال
مع يمينه لان القول فى الدعاوى قول من يشهد له الظ وعن هذا قال (فان كان) العبد (حاضرا) وقت الدعوى
فى صورة الاباق (وصحيحا) فى صور المرض (صدق) المولى ويحكم بانه ليس كذلك من اول المدة فيجب الاجر
(والا) اى وان لم يكن حاضرا اوصحيحا وقت الدعوى (فالمستأجر) اى يصدق المستأجر ويحكم بان مرض العبد
اواباقه من اول المدة (وكذا الاختلاف فى انقطاع ماء الرحى وجريانه) اى وكذا لوقال المالك ماء الطاحونة كان
جاريا فى المدة وقال المستأجر لم يكن جاريا فيها فالقول للمالك ان كان جاريا والا فللمستأجر وفى الخلاصة رجل
استأجر رحى ماء وبيتها ومتاعها مدة معلومة باجرة معلومة فانقطع الماء سقط من الاجر بحسابه وان لم
ينقض الاجارة حتى عاد الماء لزمته الاجارة وان اختلفا فى نفس الانقطاع يحكم الحال (ولوقال رب الثوب امرتك
احمر فصبغته اصفر وقال الصانع امرتنى بما صنعت صدق رب الثوب) لان الاذن يستفاد من قبل رب الثوب
فكان اعلم بكفيته فالقول قوله مع يمينه الايرى لوانكر الاذن بالكلية كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته ان تصبغه
(وكذا الاختلاف فى القميص والقباء) بان قال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا فالقول لرب الثوب
ايضا مع يمينه (فان حلف رب الثوب ضمن الصانع قيمة ثوبه غير معمول) اى صاحب الثوب بعد الحلف مخير ان شاء
ضمنه قيمة الثوب غير معمول (ولا اجر له اواخذ الثوب واعطاه اجر مثله ولايجاوز به المسمى) على ماينا من قبل
وعن محمد انه يضمن له مازاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وقال ابن ابى ليلى القول قول الصباغ (وان قال رب الثوب
عملته لى بلا اجر وقال الصانع باجر فالقول لرب الثوب) لانه ينكر تقوم عمل الصانع لانه يتقوم بالعقد ولانه ينكر الضمان
والصانع يدعيه فالقول قول المنكر مع يمينه عند الامام فى القياس وعند الشافعى فى قول واحد القول للصانع (وعند
ابى يوسف) القول (للصانع ان كان حريفا) اى معاملاله بان سبق بينهما اخذ واعطاء يلزم له الاجر لان ماسبق من
المعاملة يدل على انه يعمل باجر فقام ذلك مقام الاشتراط فى الاستحسان (وعند محمد) القول (للصانع ان كان معروفا بعمله
بالاجر) لانه فتح الحانوت لاجل الاجر جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر فى الاستحسان بجواب
الامام عن استحسانهما ان الظ يصلح للدفع لا للاستحقاق وهنا تحتاج الى استحقاق الاجر والفتوى على قول
محمد كما فى التبيين وغيره * باب فسخ الاجارة (* وجه التأخير عما قبله ظ اذا الفسخ يعقب العقد لامحالة (تفسخ)

الاجارة (بعيب فوت) صفت عيب (النفع كخراب الدار وانقطاع ماء الارض او) ماء (الرحى) فان كلا منها يفوت النفع
فيثبت خيار الفسخ وفى الهداية ومن اصحابنا من قال بان العقد لاينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها
فاشبه الاباق فى العبد وعن محمد ان الاجر لوبناها اى بعد الخراب ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للاجر وهذا تنصيص
منه على انه لاينفسخ لكنه اى العقد يفسخ وهو الاصح ولوانقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه
من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه وفى التبيين فاذا استوفاه لزمته حصته وفى الولوالجى رجل استأجر
ارضا ليزرعها فزرعها ولم يجد الماء ليسقيها فيبس الزرع والمسئلة على وجهين اما ان يستأجرها شربها او بغير
شربها ففى الوجه الاول سقط عنه الاجر لفوات التمكن من الانتفاع وفى الوجه الثانى ان انقطع ماء الزرع على وجه
لايرجى فله الخيار وان انقطع قليلا قليلا ويرجى منه السقى فالاجر عليه واجب ولولم ينقطع الماء لكن سال الماء
عليها حتى لايتهيأ به الزراعة فلا اجر عليه لانه عجز عن الانتفاع به وصار كما اذا غصبه غاصب وفى الخانية رجل
استأجر ارضا فانقطع الماء قال ان كانت الارض تسقى من ماء الانهار ولاشئ على المستأجر وكذا اذا كانت بماء
السماء فانقطع المطر (اواخل) عطف على قوله فوت (به) اى بالنفع يعنى العيب لايفوت النفع بالكلية بل يخل به بحيث

ينتفع به فى الجملة (كرض العبد ودبر الدابة) الدبرة واحدة الدبر بالفتح جراحة تحدث فى ظهرها من رجل
فان الاجارة تفسخ به ايضا وفى شرح الوقاية لابن الشيخ ولا حاجة الى القضاء ولا الى الرضاء فى الفسخ بعيب لفوات
النفع بتمامه ويحتاج الى القضاء او الرضاء بالعيب الذى يخل به عند عامة المشايخ لفوات النفع على وجه يتصور
عوده (فلو انتفع) المستأجر (به) اى بالمستأجر (معيبا) ورضى بالعيب (او ازال الموجر عيبه سقط خياره) اى خيار
المستأجر لحصول الرضى والتمكن من الانتفاع فيجب عليه اجره كاملا وفى المنح وعمارة الدار المستأجرة وتطيينها
واصلاح الميزاب وما كان من البناء على رب الدار فان ابى صاحبها كان للمستأجر ان يخرج من الدار الا
ان يكون المستأجر استأجرها وهى كذلك وقد رآها لرضائه بالعيب واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على
صاحب الدار بلا جبر عليه لانه لا يجبر على اصلاح ملكه فان فعل ما ذكر من الاصلاح المستأجر فهو متبرع
فيه فليس له ان يحبسه من الاجرة وكذا تفسخ الاجارة بخيار الشرط والرؤية عندنا خلافا للشافعى (وتفسخ)
الاجارة (بالعذر) عندنا لان المعقود عليه فى الاجارة النفع وهو غير مقبوض فيكون العذر فيها كالعيب قبل
القبض فى البيع خلافا للشافعى لان العقد فى الاجارة واقع على الاعيان لكون المنافع بمنزلتها عنده فتكون
الاجارة كالبيع فلا تفسخ بالعذر بل تفسخ بالعيب وبه قال مالك واحمد وابو ثور (وهو) اى العذر (العجز
عن المضى على موجب العقد الا بتحمل ضرر غير مستحق به) اى بعقد الاجارة (كقلع سن سكن وجعه)
اى السن (بعد ما استوجر له) اى لقلع السن فان العقد ان بقى لزم قلع سن صحيح وهو غير مستحق بالعقد (وطبخ
لوليمة ماتت عروسها بعد الاستيجار للطبخ لها) اى لوليمتها (او) طبخ لوليمة (اختلعت عروسها بعد الاستيجار
للطبخ لها فان العقد ان بقى تضرر المستأجر باتلاف ماله فى غير الوليمة (وكذا) تفسخ (لو استأجر دكانا ليتجر فيه
فذهب ماله) اى مال المستأجر وافلس (او آجر شيئا فلزمه) اى الموجر (دين لا يجد قضاءه) اى قضاء
دينه (الا من ثمن ما اجره) من دار او دكان (ولو) وصلية (باقراره) اى ولو كان الدين باقرار الموجر لانه لو بقى العقد
يلزمه الحبس لاجله حيث لا يقدر ما لا سواه وهو ضرر زائد لم يستحقه بالعقد وفيه اشارة الى انه لو كان له مال غيره
لا تفسخ (او استأجر عبدا للخدمة فى المصر او مطلقا) اى بلا تقيد بالمصر (فسافر) المستأجر فانه ح يثبت حق الفسخ
لان خدمة السفر اشق فلا ينتظمها الخدمة المطلقة فضلا عن المقيدة بالمصر وفى منع المستأجر عن السفر ضرر
لم يستحق بالعقد ولو اكتفى بقوله مطلقا لكان اخصر واشمل للمصر وغيره تدبر (او اكترى دابة للسفر ثم بدا له منه) اى
ظهر للمستأجر ما يوجب المنع من السفر لاحتمال كون قصده سفر الحج فذهب وقته او طلب غريم له فحضر
او التجارة فافتقر وغير ذلك فانه يثبت له حق الفسخ لانه لو مضى على موجب العقد لزمه ضرر زائد (ولو بدا للمكارى
منه) اى ولو ظهر له ما يوجب المنع من السفر (فليس بعذر) لانه لا يلزمه ضرر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث تلميذا او اجيرا
(ولو مرض) المكارى (فهو عذر فى رواية الكرخى) لانه لا يعرى عن ضرر لان غيره لا يشفق على دابته مثله وهو
لا يمكنه الخروج بخلاف ما اذا لم يمرض (دون رواية الاصل) لما ذكرنا وفى القهستانى الفتوى على الرواية الاولى فلهذا
اختار المص فقدمها (ولو استأجر خياط يعمل لنفسه) لا لغيره (عبدا يخيط له) اى للخياط (فافلس) الخياط
(فهو عذر) لانه يلزمه الضرر على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله (بخلاف خياط يخيط بالاجر) فانه
ليس بعذر لان رأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه (وبخلاف تركه) اى الخياط (الخياطة
ليعمل فى الصرف) حيث لا يكون عذرا لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة فى ناحية من الدكان وهو يعمل فى الصرف
فى ناحية (وبخلاف بيع ما اجره) فان هذا ليس بعذر للفسخ بدون لحوق دين لامكان استيفاء المستأجر والعين على
ملك المشترى كما يستوفيها والعين على ملك البايع كما فى الشمنى وقال ابو المكارم وهل يجوز البيع اختلفت الروايات فيه
فى الكفاية قال الامام السرخسى الصحيح ان البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر ان يفسخ
البيع وهو اختيار صدر الشهيد وفى الخانية هو اصح الروايات وفى الجامع الصغير كل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه
تنقض وهذا يشير الى انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضى وفى الزيادات ان الامر يرفع الى الحاكم ليفسخ الاجارة لانه
فعل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضى كالرجوع فى الهبة قال السرخسى هذا هو الاصح ومنهم من فرق فقال
ان كان العذر ظاهرا انفسخت والا يفسخها الحاكم ثال قاضيخان والمحبوبى وهو الاصح (ولو استأجر دكانا لعمل الخياطة
فتركه) اى عمل الخياطة (لعمل اخر فعذر) تفسخ به الاجارة لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين بخلاف ما استأجر
الخياط عبدا يخيطه فترك الخياطة لعمل الصرف لان العامل ثمة شخصان فامكنهما كما فى الهداية وفى الفرائد وفيه
بحث لانه يمكن ان يعمل العمل الاخر فيه مكان عمل الخياطة فلا يلزم الجمع بين العملين انتهى لكن يمكن ان يجاب

بان المكان الذى تعمل فيه الخياطة لا يمكن ان يعمل فيه عمل آخر فى اكثر البلاد عادة فيلزم العذر (وكذا لو استأجر عقارا
ثم اراد السفر) فهو عذر لما فيه من المنع عن السفر وفيه ضرر تعطيل مصالح السفر او الزام الاجر بدون الانتفاع
بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذا المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبة الموجر (وتنفسخ) الاجارة
بلا حاجة الى الفسخ (بموت احد العاقدين) اى احد من الآجر والمستأجر وعند الائمة الثلاثة لا يبطل بموت احدهما
ولا بموتهما كالبيع ولنا ان المنافع والاجرة صارت ملكا للورثة والعقد السابق لم يوجد منهم فينتقض (عقدها لنفسه)
فالجملة حال عن احد اى حال كون احد العاقدين قد عقدها لنفسه او صفة لعدم تعرفه بالاضافة على طريقة قوله
ولقد امر على اللئيم يسبنى لان المعرف بلام العهد الذهنى وما اضيف اليه فى حكم النكرة (فان عقدها) اى الاجارة
(لغيره فلا) تنفسخ الاجارة لموته (كالوكيل) يعقدها لموكله (والوصى) وكذا الاب والقاضى يعقدها لمحجوره
(ومتولى الوقف) يعقدها للوقف لان الموجر والمستأجر باقيان فلا يلزم ما مر من عدم الجواز لانعدام الانتقال حتى
لو مات المعقود عليه بطلت ولو مات احد المستأجرين او احد الموجرين بطلت الاجارة فى نصيبه وبقيت فى نصيب
الاخر وقال زفر تبطل فى نصيب الحى ايضا لانها اجارة المشاع ولنا ان عدم الشيوع شرط فى ابتداء العقد لا فى بقائه
مسائل منثورة * اى هذه مسائل متفرقة على ابواب الاجارة قد تداركها وجمعها فى آخر الكتاب (ولو احرق) المستأجر
(حصايد ارض مستأجرة او مستعارة) وهى جمع حصيدة وهى ما يحصد من الزرع والنبت والمراد هنا ما يبقى من اصول
القصب المحصود فى الارض (فاحترق بسببه شئ فى ارض غيره لم يضمن) لانه غير متعد فى التسبب فلم يوجد
شرط الضمان لان فعله وقع فى ملك نفسه كمن حفر بئرا فى داره فوقع انسان لا ضمان عليه (ان كانت الريح هادئة)
حين اوقد النار ثم تحركت لانه لا صنع له والهادئة من هدأ بالهمزة اى سكن وفى بعض النسخ هادنة من هدن اى
سكن (وان كانت) الريح (مضطربة ضمن) لانه قد فعل مع علمه بعاقبته فافضى اليها فجعل كمباشر وهذا القول
الذى ذكره من تفصيل الهادئة والمضطربة اختيار شمس الائمة السرخسى كما فى اكثر المعتبرات وفى التنوير
بنى المستأجر تنورا او دكانا فى الدار المستأجرة واحترق بعض بيوت الجيران او الدار لا ضمان عليه مطلقا اى سواء
بنى باذن صاحب الدار او لا الا ان يجاوز ما يصنعه الناس وفى التبيين لو وضع جمرة فى الطريق فاحرقت شيئا
ضمن لانه متعد بالوضع ولو رفعته الريح الى شئ فاحترقه لا يضمن لان الريح نسخت فعله ولو اخراج الحداد الحديد
من الكور فى دكانه فوضعه على العلاة وضربه بمطرقة وخرج شرار النار الى طريق العامة واحرق شيئا ضمن
ولو لم يضربه ولكن اخرج الريح شيئا لم يضمن ولو سقى ارضه سقيا لا يحتمله الارض فتعدى الى ارض جاره ضمن
(ولو اقعد خياطا او صباغا فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح) هذا الفعل لان صاحب الدكان قد يكون
ذا جاه وحرمة ولا يكون حاذقا فى العمل فيقعد حاذقا يطرح عليه العمل وكان القياس ان لا يجوز لانه استأجره بنصف
ما يخرج من عمله وهو مجهول لكنه جاز استحسانا لان احدهما يقبل العمل بالوجاهة والاخر يعمل بالحذاقة فبذلك
تنتظم المصلحة ولا تضره الجهالة الحاصلة من الكسب قيل لان تخصيص العمل باحدهما لا يدل على نفى العمل
عن الاخر فاذا تقبل احدهما العمل والاخر يعمل يجوز كما يجوز فى شركة الصنايع والتقبل لعدم الجهالة المفضية
الى النزاع قال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه وقال العينى فى شرح الكنز وفيه نظر لان شركة الوجوه ان يشتركا
على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس شئ فى هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور ان يكون شركة الوجوه انتهى لكن
يمكن بان مراد صاحب الهداية بشركة الوجوه ليس ما هو المصطلح عليه المار فى كتاب الشركة بل مراده بها ههنا
ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشدك اليه قوله هذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل ويمكن بوجه اخر انه اطلق
عليه شركة الوجوه تغليبا جهة الوجاهة على جهة العمل لكونها سببا تأمل (وكذا) صح (لو استأجر جملا يحمل
عليه محملا وراكبين) يقعدان فيه (الى مكة) استحسانا لان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من
الجهالة تزول بالصرف الى المعتاد فلهذا قال (وله) اى للمستأجر المحمل المعتاد بين الناس والقياس ان لا يجوز لجهالته
وبه قال الشافعى (وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود) لانه اقرب لحصول الرضى (وان استأجره) اى الجمل (لحمل
زاد فاكل) المستأجر (منه) اى من الزاد فى الطريق (فله) اى للمستأجر (رد عوضه) اى عوض ما اكل لان المستحق
عليه حمل معلوم فى جميع الطريق فله استيفاؤه وعند الشافعى فى الاظهر لا يرده ولو شرط رده صح بالاجماع ولو
شرط عدمه لا يصح بالاجماع (ولو قال لغاصب داره فرغها) اى الدار (والا) اى وان لم تفرغ (فاجرها كل شهر كذا
فلم يفرغ) الغاصب بعد ذلك بل مكث فيها اياما (فعليه) اى الغاصب (المسمى) اى الذى سماه له المالك لا المثل للاجرة
لوجود الالتزام بسبب عدم التفريغ (فان جحد الغاصب ملكه) اى كون الدار ملك من يدعيها (او لم يجحد لكن قال

(لا اريدها) اى الدار (بالاجرة فلا) عليه المسمى لانه ح لايكون ملتزما بالاجارة (وان) وصلية (برهن) المدعى (على ملكه بعد جحده) اى بعد جحد الغاصب لان البينة بعد ذلك لاتفيد فى حق الاجارة وكذا لايلزم عليه الاجر اذا اقر بالملك له لكن قال له لا اريد بالاقرار الاجر لعدم رضائه صريحا بالاجارة (ومن اجر مااستأجره باكثر) من الاجر الاول (يتصدق بالفضل لانه) ربح مالم يقبضه وعند الشافعى يطيب له الفضل هذا اذا كانت الاجرة الثانية من جنس الاولى لانه لولم تكن من جنسها طاب الفضل اتفاقا ذكره الطحاوى كما فى شرح المجمع قال المولى خسرو وجاز للمستأجر ان يوجر الاجير من غير موجره ولايجوز ان يوجره لموجره لان الاجارة تمليك المنفعة والمستأجر فى حق المنفعة قائم مقام الموجر فيلزم تمليك المالك وفى المنح تفصيل فليراجع وفى الغرر وكله لاستيجار دار ففعل وقبض الوكيل ولم يسلمها الى الموكل حتى مضت المدة رجع الوكيل بالاجر على الامر كذا ان شرط تعجيل الاجر وقبض الوكيل ومضت المدة ولم يطلب الامر وان طلب الامر وابى ليعجل لايرجع (وتصح الاجارة) حال كونها (مضافة) الى زمان فى المستقبل بان قال مثلا اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار بكذا الى سنة هذا عندنا لان مطلقها يقع مضافا لان انعقادها يتجدد بحسب مايحدث من المنفعة على ماعرف فوقوع المقيد اولى بالجواز خلافا للشافعى لان المنفعة عنده كالعين فاشبه بيع العين (وكذا) يصح (فسخها) اى فسخ الاجارة كما اذا قال فسختك هذه الاجارة رأس الشهر الاتى ولو قال اذا جاء رأسه فقد فسختك لم يجز وقال السرخسى جاز والفتوى على الاول وفى العمادى انه لايصح اجماعا (وكذا) تصح (المزارعة والمعاملة) اى المساقاة ايضا بالاضافة كما اذا قال دفعت اليك هذه الارض او الاشجار للزراعة او العمل فيها بعد شهر من هذا الوقت لان كلا منهما اجارة (و) كذا (المضاربة) كما اذا دفع عشرة دراهم الى فلان وقال بعد ماصارت بالعشرة عشرين عمل به مضاربة بالنصف فانه لم يصر مضاربا الا عند صيرورتها عشرين درهما (والوكالة) كما اذا قال بع عبدى غدا فانه يصير وكيلا لايصح تصرفه الا بعد الغد واختلف فى العزل قبله وصح الرجوع اجماعا بشرط علم الوكيل لانهما من باب الاطلاق كالطلاق والعتق والوقف (والكفالة) بان قال ماذاب لك على فلان فعلى لانها التزام المال ابتداء فتجوز اضافتها (والايصاء) اى جعل الغير وصيا بان قال اذا مت فانت وصى فيما اخلف اذ الايصاء لايتصور فى الحال الا اذا جعل مجازا عن الوكالة (والوصية) بان قال فثلث مالى لفلان لانها تمليك بعده (والقضاء والامارة) كما ينافى القضاء (والطلاق) بان قال لامرأته ان قدم فلان فانت طالق لاتطلق حتى يجئ (والعتق) بان قال لعبده انت حر اذا جاء رأس الشهر (والوقف) كما اذا قال ارضى هذه موقوفة غدا وفى القهستانى وتصح العارية والاذن فى التجارة مضافين كما فى العمادى وفيه اشعار بانه لم يصح تعليق كل منها وقد صح تعليق المزارعة والمساقاة كما فى النهاية و ينبغى ان لايصح فسخ كل منها غير الاجارة مضافا انتهى (لا) يصح كل واحد (من البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء الدين) حال كونه مضافا الى زمان فى المستقبل لان هذه الاشياء تمليك وقد امكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى الاضافة وفى التنوير فسخ العقد بعد تعجيل البدل فللمعجل حبس البدل حتى يستوفى مال البدل كما فى التبيين استأجر مشغولا وفارغا صح فى الفارغ فقط المستأجر فاسدا اذا اجار صحيحا جازت وقيل لا وفى الغرر المستأجر لايكون خصما لمدعى الاجارة والرهن والشراء بخلاف المشترى *) كتاب المكاتب (* اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد عقد يستفاد به المال بمقابلة ماليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعنى قولنا بمقابلة ماليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقولنا بطريق الاصالة خرج به النكاح والعتاق على مال فان ذكر العوض فيهما ليس بطريق الاصالة قيل الانسب ان يذكر عقيب العتاق لان الكتابة مالها الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضا لكن لاتم ذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك لشخص ومنفعة لغيره وهو انسب للاجارة لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات كما فى العناية لكن فى حاشية المولى سعدى كلام فليطالع والمكاتب هو مفعول من كاتب مكاتبة والمولى مكاتب بكسر التاء واصله من الكتب وهو الجمع ومنه كتبت القربة اذا احرزتها والكتيبة هى الطائفة المجتمعة من الجيش والكتاب لانه يجمع الابواب والفصول والكتابة لانها تجمع الحروف ويسمى هذا العقد كتابة ومكاتبة لان فيه ضم حرية اليد الى حرية الرقبة اولان فيه جمعا بين نجمين فصاعدا اولان كلا منهما يكتب الوثيقة (الكتابة) فى اللغة مصدر كتب وفى الشرع (تحرير المملوك يدا) اى من جهة اليد (فى الحال ورقبة) اى من جهة الرقبة (فى المال) اى فى المستقبل لان المكاتب لايتحرر رقبة الا اذا ادى بدل الكتابة واما فى الحال فهو حر من جهة اليد فقط حتى يكون احق بكسبه و يجب على المولى الضمان بالجناية عليه او على ماله و لهذا

كتاب المكاتب

قيل المكاتب طار عن ذل العبودية ولم ينزل فى ساحة الحرية فصار كالنعامة ان استطير تباعر وان استحمل تطاير ثم شرط الكتابة ان يكون الرق قائما بالمحل وان يكون البدل معلوم القدر والجنس وسببها رغبة المولى فى بدل الكتابة عاجلا وفى ثواب العتق اجلا ورغبة العبد فى الحرية وركنها الايجاب والقبول وحكمها من جانب العبد فكاك الحجر وثبوت حرية اليد فى الحال حتى يكون العبد اخص بنفسه وكسبه من مولاه والفاظها كاتبتك على كذا اومايقوم مقامه (فمن كاتب مملوكه ولو) وصلية (صغيرا يعقل) قيده لانه اذا لم يعقل العقد لايجوز اتفاقا لانه ليس باهل للقبول والعقد موقوف عليه (بمال حال) بان يؤدى البدل عقيب العقد (او) بمال (مؤجل) بان يؤدى كله فى مدة معلومة (او) بمال (منجم) بان يؤدى فى كل شهر مقدارا معلوما من البدل الاولى بالواو كما فى النهاية حيث قال وكون بدلها منجما ومؤجلا فليس بشرط عندنا تدبر (وقبل) المملوك ذلك (صح) العقد عندنا لاطلاق قوله تع فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الاية فتتناول جميع ماذكرنا من الحال والمؤجل والمنجم والصغير والكبير وكل من يتأتى منه الطلب ولانه عقد معاوضة والبدل معقود عليه فاشبه الثمن فى عدم اشتراط القدرة عليه لان توهم القدرة كاف هنا كما فى البيع وقيل يمكن ان يستقرض فيقدر على الاداء ولو كان مديونا للغير وقال الشافعى لاتجوز كتابة الصغير لانه ليس باهل للتصرف وكذا لاتجوز عنده الا منجما واقله نجمان ليتمكن من التحصيل اذ القدرة على التسليم شرط لصحة العقد لكن قيد التأجيل زيادة على النص فرد كما فى سائر المعاوضات والامر فى هذه الاية ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفى الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه واما الندبية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور على ماقيل ان لايضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لايكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلابد من التزامه ولايعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال صلى الله تع عليه وسلم المكاتب عبد مابقى عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضى الله تع عنهم وما اخترناه قول زيد رضى الله عنه ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما فى البيع خلافا للشافعى ولايجب حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع كما فى الهداية وقال الشافعى يجب عليه حط ربع البدل (وكذا لوقال) المولى (جعلت عليك الفا تؤديه نجوما) اى متفرقا على النجم (اولها) اى اول النجوم (كذا) من الدراهم (واخرها كذا) منها (فاذا اديته) اى الالف (فانت حر وان عجزت فقن) اى فانت قن على حالك (فقبل) العبد ذلك صح (العقد) وصار مكاتبا والقياس ان لايجوز لان فيه تعليق العتق باداء المال وهو لايوجب الكتابة وجه الاستحسان ان العبرة للمعانى وقد اتى بمعنى الكتابة مفسرا فينعقد به قيل قوله جعلت عليك يحتمل عقد الكتابة ويحتمل الضريبة على العبد فلا تتعين جهة الكتابة الا بقوله فان اديته فانت حر فيكون قوله وان عجزت فقن حثا للعبد على الاداء (ولو قال) المولى (اذا اديت الى الفا كل شهر مائة فانت حر فهو تعليق) يعنى يكون اعتاقا بالمال لا بالمكاتبة فى رواية ابى حفص قال فخر الاسلام وهو الاصح لان التنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل فى سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيرا لها فلا يكون مكاتبا (وقيل مكاتبة) وهو رواية ابى سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل للتيسير وذلك فى المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لايستوجب على عبده دينا الا فى الكتابة (واذا صحت الكتابة خرج) المكاتب (عن يد المولى) لان موجب الكتابة مالكية اليد فى حق المكاتب ولهذا ليس له المنع من الخروج والسفر (دون ملكه) اى لايخرج من ملك المولى لما رويناه ثم فرع عليه بقوله (فان اتلف) المولى (ماله) اى مال المكاتب (ضمنه) اى ضمن المولى مااتلفه لكونه اجنبيا فى مال كسبه (وكذا) ضمنه (ان وطئ المولى المكاتبة) اى يغرم العقر لانها تخرج بعقد الكتابة من يد المولى فصار كالاجنبى فى حق نفسها (اوجنى) المولى (عليها) اى على المكاتبة (او على ولدها) اى يغرم المولى ارش الجناية لها ولولدها لكونه اجنبيا فى حقها وولدها (وان كاتبه) اى ان كاتب المولى عبده (على قيمته) بان قال كاتبتك على قيمتك (فسدت) الكتابة لان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولان الكتابة على القيمة تنصيص على ماهو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة (فان اداها) اى القيمة (عتق) العبد لكونها بدلا معنى (وكذا) تفسد الكتابة (لو كاتبه على عين لغيره) بان قال كاتبتك على هذا العبد وهو مملوك لغيره (يتعين) صفة عين (لا تتعين) كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير النقدين فى ظاهر الرواية لعدم القدرة على تسليم ملك الغير وعن الامام يجوز ان قدر على تسليمها بان يملكها وفيه اشارة الى انه لو كاتب على دراهم او دنانير بعينها وهى لغيره جاز لانها لاتتعين فى المعاوضات فيتعلق

بدراهم دين فى الذمة لا بدراهم الغير فيجوز (او على مائة دينار ويرد) السيد (عليه) اى العبد (عبدا غير معين) اى لو كاتبه على مائة على ان يرده سيده عبدا بغير عينه بان قال اد الى مائة دينار على ان تأخذ منى عبدا بغير عينه فانت حر فالكتابة فاسدة عند الطرفين بناء على ان استثناء العبد من المائة لا يصح لانعدام شرطه وهو المجانسة وانما يصح استثناء قيمته ولكنها مجهولة لاختلاف المقومين فيها (وعند ابى يوسف تجوز) الكتابة (وتقسم المائة على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيسقط قسط العبد) اى حصته (والباقى) من المائة بعد حصته (بدل الكتابة) يعنى اذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة المكاتب خمسين وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب اداء خمسين ويسقط خمسين لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز استثناؤه منه وتجوز الكتابة على عبد فكذا يجوز استثناؤه هذا فى عبد غير معين حتى لو شرط ان يرد عبدا معينا صح اتفاقا (وان كاتب المسلم) عبده (بخمر او خنزير فسد) العقد سواء كان العبد مسلما او كافرا لانهما ليسا بمال فلا يصلحان للعوض فى عقد المعاوضة وكذا لو كان المولى ذميا والعبد مسلما لان اسلام احد الطرفين يمنع صحة العقد (فان اداه) اى ان ادى المكاتب الخمر والخنزير (عتق) العبد و(لزمه قيمة نفسه) هذا فى ظاهر الرواية سواء اتى بالشرط بان قال ان اديت الخمر فانت حر او لم يأت به لانهما مال فى الجملة وان لم يكن لهما قيمة فى حق المسلمين وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل فى الكتابة الفاسدة وهو القيمة وعن ابى يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة و يعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن الطرفين انه يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها الى فانت حر باعتبار انه معلق بالشرط وقد وجد الشرط (والكتابة على ميتة او دم باطلة) لانهما ليسا بمال اصلا عند احد (ولا يعتق باداء المسمى) لعدم انعقاد الكتابة ببطلانها فلا يلزم على المكاتب شئ وفى الاختيار ولو علق العتق باداءهما عتق بالاداء لوجود الشرط (وتجب القيمة) اى قيمة العبد (فى) الكتابة (الفاسدة) لان الواجب رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فوجب رد قيمته بالغة ما بلغت لان المولى لم يرض بالنقصان والعبد رضى بالزيادة لئلا يبطل حقه فى العتق لان عتقه اولى له من الرقية الى آخر عمره وعن هذا قال (ولا تنقص) القيمة (عن المسمى) لما مر ان المولى لم يرض بالنقصان (وتزاد) القيمة (عليه) اى على المسمى ان كانت زائدة عليه فيسعى فى قيمة نفسه بالغة ما بلغت لما مر قيل هذه المسئلة متعلقة بمسئلة الخمر لان بدل الكتابة فى الفاسدة هو قيمة المكاتب وقيل هذه مسئلة مبتدأة لا تعلق لها بمسئلة الخمر لان وضع المسئلة فيما اذا كاتب عبده بالف على ان يخدمه ابدا فالعقد فاسد فتجب القيمة فان كانت ناقصة عن الف لا تنقص وان زائدة زيدت عليه وقيل هذه مسئلة لها نوع تعلق بما قبلها غير مختصة لان القيمة فى الكتابة الفاسدة من جنس المسمى فقيمة المكاتب ان كانت ناقصة عن المسمى لا تنقص منه وان زائدة زيدت عليه (وصحت) الكتابة (على حيوان ذكر جنسه فقط) كالعبد والفرس (لا وصفه) كالجيد والردى ولا بد لصحته ان يذكر النوع بان يقول ولا نوعه كما فى اكثر المعتبرات لان الكتابة بدون ذكر النوع كالتركى والهندى جائزة لانها مبادلة مال بمال من حيث ان العبد مال فى حق المولى ومبادلة مال بما ليس بمال من حيث ان العبد ليس بمال فى حق نفسه فتقع الكتابة بين الجواز والفساد فحمل على الجواز فالجهالة بعد ذكر الجنس لا تضر لكونها يسيرة لان مبناها على المسامحة وقال الشافعى لا يجوز هذا العقد للجهالة (ولزم) المكاتب (الوسط) اى الحيوان الوسط (او قيمته) اى قيمة الوسط لان كل واحد اصل من وجه فالعين اصل تسمية والقيمة اصل ايضا لان الوسط لا يعلم الا بها فاستويا فيخير و يجبر المولى على قبول ما ادى (وصح كتابة الكافر عبده الكافر بخمر مقدر) لانها مال عندهم بمنزلة الخل عندنا وانما قال مقدر ولم يقل مقدرة بناء على ما قاله صاحب القاموس انه قد يذكر (واى) من السيد وعبده (اسلم فللسيد قيمتها) اى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها (وعتق) العبد (باداء عينها) اى الخمر لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة احد العوضين لاحدهما يوجب سلامة العوض الاخر للاخر واذا ادى الخمر عتق ايضا لتضمن الكتابة تعليق العتق باداء الخمر اذ هى المذكورة فى العقد كما فى الرمز وفى شرح الطحاوى والتمرتاشى لو ادى الخمر لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق وفى الغرر وصحت على خدمة شهر للمولى او لغيره او حفر بئرا و بناء دار اذا بين قدر المعمول والاجر بما يرفع النزاع ولا تفسد الكتابة بشرط الا ان يكون فى صلب العقد ❊ باب تصرف المكاتب ❊ (له) اى للمكاتب (ان يبيع ويشترى ويسافر) لانه لا يقدر على تحصيل البدل الا بها وقوله (وان) وصلية (شرط عدمه) اى عدم سفر المكاتب متصل بما قبله اى له ان يسافر وان شرط عليه المولى ان لا يخرج من البلد استحسانا لكونه شرطا مخالفا لمقتضى عقد الكتابة وعند مالك والشافعى فى قول لا يسافر الا باذنه وهو القياس (ويزوج امته) اى للمكاتب ان يزوج امته بالاجماع لما انه من باب الاكتساب باخذ المهر والخلاص عن نفقتها (و) له (ان يكاتب عبده) او امته

استحسانا لكونها اكتسابا باخذ بدل الكتابة ايضا فيكون داخلا فى العقد كالبيع بل هو انفع منه لان الكتابة لا تزيل الملك الا بعد وصول البدل والبيع يزيل قبل وصوله وقال زفر ليس له ذلك وهو القياس وبه قال الشافعى واحمد لان المال هو العتق والمكاتب ليس من اهله (فان ادى) المكاتب الثانى الكتابة (بعد عتق) المكاتب (الاول فولاؤه) اى المكاتب الثانى (له) اى للمكاتب الاول لانه صار اهلا بعد العتق (وان) ادى المكاتب الثانى بدل الكتابة (قبله) اى قبل عتق المكاتب الاول (فللسيد) اى ولاء المكاتب الثانى لسيد المكاتب الاول لا للمكاتب الاول لتعذر جعل المكاتب معتقا له لعدم اهلية الاعتاق فيخلفه فيه اقرب الناس اليه وهو مولاه ولو ادى الاول بعد ذلك لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول عن المعتق الى غيره ولو اديا معا فولاؤهما للمولى لكونه اصلا (وليس له) اى للمكاتب (ان يتزوج بلا اذن) من المولى لانه ليس من الاكتساب لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة ويجوز باذنه لان الحجر لاجله فاذا اذن جاز (ولا) ان (يهب) لانها تبرع (ولو) وصلية (بعوض) لانها تبرع ابتداء (ولا يتصدق) لانه تبرع ايضا (الا اليسير) منهما لانهما من ضرورات التجارة (ولا يكفل) مطلقا سواء كان فى المال او فى النفس بامر او بغير امر لانها تبرع محض (ولا يقرض ولا يعتق ولو) وصلية (بمال) لانه ليس باهل (ولا يزوج عبده) لانه تعييب له ونقص لماليته لكونه شاغلا لرقبته بالمهر والنفقة (ولا يبيعه من نفسه) لان بيع العبد من نفسه اعتاق فلا يملكه (والاب والوصى فى رقيق الصغير) الذى تحت حجرهما (كالمكاتب) فى التصرفات المذكورة من تزويج الامة وكتابة رقيق الصغير لا على اعتاقه على مال ولا بيعه من نفسه ولا تزويج عبده (ولا يملك) العبد (المأذون شيئا من ذلك) عند الطرفين (وعند ابى يوسف له) اى للمأذون (تزويج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والشريك) شركة عنان ومفاوضة لهما انهم لا يملكون شيئا مما ذكر وانما يملكون التجارة والتزويج والكتابة ليسا منها وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال والبضع ليس بمال وكذا المكاتبة لان المال مقابل بفك الحجر فى الحال وهو ليس بمال فلا يملكونه وله انهم يملكون تزويج الامة لان فيه منفعة على ما بينا (وان اشترى المكاتب قريبه ولادا دخل فى كتابته) لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن اهلا للعتق فيجعل مكاتبا معه تحقيقا للصلة بقدر الامكان فيدخلون فى كتابته تبعا له واقواهم دخولا الولد المولود فى الكتابة ثم الولد المشترى ثم الوالدان وعن هذا يتفاوتون فى الاحكام فان الولد المولود فى الكتابة يكون حكمه كحكم ابيه حتى اذا مات ابوه ولم يترك وفاء يسعى على نجوم ابيه والولد المشترى يؤدى بدل الكتابة حالا والا يرد فى الرق والوالدان يردان فى الرق كما مات ولا يؤديان حالا ولا مؤجلا (ولو اشترى) المكاتب (ذا رحم محرم غير الولاد) كالاخ وابنه والعم وابنه (لا يدخل) فيجوز له بيعه عند الامام لان المكاتب لا ملك له حقيقة الا انه يقدر على الكسب فالمكاتب فقير كاسب وهذه القدرة تكفى للصلة فى قرابة الولاد لا فى غيرها ولذا تجب نفقة الاولاد والوالدين على من يقدر على الكسب ولو كان فقيرا واما نفقة الاخ والعم فتجب على الغنى لا على الكاسب الفقير (خلافا لهما) فانهما قالا يدخل فى كتابته بالشراء فلا يجوز بيعه لان وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمية ولذا يعتق على حر كل ذى رحم محرم وتجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهبه لهم ولا تقطع يده اذا سرق منهم ونحو ذلك من الاحكام وعند الائمة الثلثة لو اشترى بلا اذن السيد لا يتكاتب ولا يصح شراؤه وبالاذن يصح هذه المسئلة تذكر فى العتاق فلو اقتصر على احدهما لكان اخصر (وان اشترى) المكاتب (ام ولده) اى امرأته المنكوحة المملوكة للغير (مع ولدها منه دخل الولد فى الكتابة) تحقيقا للصلة كما مر (ولا تباع الام) لان الولد لما دخل فى كتابته امتنع بيعه فتتبعه امه فى امتناع البيع فامتنع بيعها لانها تبع له قال عليه الصلوة والسلام اعتقها ولدها ولا تدخل فى كتابته حتى لا تعتق بعتقه ولم ينفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز له ان يطأها بملك النكاح وكذا المكاتبة اذا اشترت زوجها غير انها لها ان تبيعه كيف ما كان لان الحرية لم تثبت من جهتها كما فى التبيين (وان لم يكن) الولد (معها) اى مع ام الولد (جاز بيعها) لعدم دخولها فى كتابته قياسا عند الامام لان ما كسبه المكاتب متردد بين ان يؤدى و بين ان يعجز فان ادى الكل يتقرر له وان عجز يتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو امومية الولد (خلافا لهما) فان عندهما لا يجوز بيعها لكونها ام ولده وبه قال الشافعى فى قول (وولده) اى ولد المكاتب (من امته يدخل فى كتابته) لانه بالدعوة ثبت نسبه منه فيتبعه فى الكتابة (وكسبه) اى كسب الولد (له) اى للمكاتب لانه فى حكم مملوكه وكان كسبه له وكذا المكاتبة اذا ولدت ولدا فالحكم كما سبق (ولو زوج المكاتب امته من عبده ثم كاتبهما) اى كاتب المكاتب العبد والامة (فولدت الامة يدخل الولد فى كتابة الام وكسبه) اى كسب الولد (لها) اى للام لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها فى الحرية والرق كما مر فى العتاق حتى لو قتل الولد تكون قيمته للام دون الاب (ولو نكح) اى تزوج (مكاتب بالاذن) اى باذن المولى (امرأة زعمت انها حرة فولدت) من المكاتب (فاستحقت) اى ثم استحقت بولدها (فولدها عبد

وكذا ان ولدت عن عبد فولدها عبد عند الشيخين لكونه مولودا من المملوكين فيكون رقيقا اذ الولد يتبع الام في الرق والحرية كما مر مرارا وهو القياس وتركنا هذا في ولد الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم لان حق المولى مجبور بقيمة واجبة في الحال بخلاف ولد المكاتب والعبد لان قيمته متأخرة الى العتق هكذا ذكروا هنا لكن في التبيين هذا مشكل جدا فان دين العبد اذا لزمه بسبب اذن فيه المولى يظهر في حق المولى و يطالب به للحال والموضوع هنا مفروض فيما اذا كان باذن المولى وانما يستقيم هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى لانه لا يظهر الدين فيه في حق المولى فلا يلزم المهر ولا قيمة الولد في الحال انتهى لكن يمكن الجواب بانه ليس فيه دين كسائر الديون حتى يقاس عليه لان المولى اذن بالتزوج المقيد بكونها حرة لا مطلقا فالمغرور ح هو العبد فلا يوجب ان يلزم على المولى ما يلزم على العبد عند كون ابنه حرا لان الغرم بالغنم ولا غنم للمولى حتى يجب الضمان ولان ولد المكاتب ليس في معنى الحر لانه خلق من ماء الرقيق وولد الحر خلق من ماء الحر فافترقا من هذا الوجه فلا يلحق بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة تدبر (وعند محمد) وزفر والائمة الثلاثة (حر) بالقيمة (وتؤخذ منه) اى من المكاتب (قيمته) اى قيمة الولد (بعد عتقه) لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور فانه لم يرغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد فيلحق بولد الحر المغرور الا ان قيمته تطالب بعد العتق كما في اكثر الكتب لكن في التبيين ولدها حر بالقيمة يعطيها للمستحق في الحال اذا كان التزوج باذن المولى وان كان بغير اذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الامة المستحقة بعد العتق ان كانت هي الغارة له انتهى فعلى هذا يلزم المص التفصيل تبع (وان وطئ المكاتب امة بملك) اى اذا اشترى المكاتب فوطئها (بغير اذن سيده) وانما اقتصر بغير اذنه مع ان المسئلة على حالها مع الاذن ليفهم منه ما اذا كان باذنه بالطريق الاولى (فاستحقت) اى الامة (اخذ منه) اى من المكاتب (عقرها في الحال) من غير تأخير الى العتق (وكذا ان شراها) اى شرا المكاتب امة شراء (فاسدا فوطئها فردت) بحكم الفساد اخذ منه عقرها في الحال ايضا من غير تأخير الى العتق (وان وطئها) اى المكاتب الامة بنكاح بان تزوجها بغير اذن المولى فاستحقت (لا يؤخذ منه) العقر (الا بعد عتقه) بالاجماع والفرق ان في الوجهين الاولين ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة والعقر من توابعها وفي الوجه الثاني لم يظهر لان النكاح ليس من الاكتساب في شئ فلا تنتظمه الكتابة فلا يظهر في حق المولى كما في اكثر الكتب وقال صدر الشريعة ولقائل ان يقول ان العقر ثبت بالوطئ لا بالشراء والاذن بالشراء ليس اذنا بالوطئ والوطئ ليس من التجارة في شئ فلا يكون العقر ثابتا في حق المولى انتهى وقال يعقوب باشا هذا القول ليس بظاهر لان وجوب العقر مبنى على سقوط الحد وسقوطه مبنى على الملك والملك مبنى على الشراء وهو مأذون فيه فيكون مأذونا فيما يتعلق به انتهى لكن الاذن بالشئ انما يكون اذنا بما يتعلق به اذا كان ما يتعلق به من لوازمه والوطئ ليس كذلك فالاظهر ان الوطئ وان لم يكن من التجارة في شئ لكن سببه الذي هو الشراء منها وتنزيل السبب منزلة المسبب من القواعد المقررة عندهم تأمل (ومثله) اى مثل المكاتب في الحكم المذكور (المأذون) له (في التجارة) قيل هذا اذا كانت الامة المنكوحة ثيبا اما لو كانت بكرا يؤخذ بالعقر حالا وكذا لو نكحها باذن مولاه يؤخذ بالمهر في الحال

فصل

(* واذ ولدت المكاتبة من مولاها) فلها الخيار ان شاءت (مضت على الكتابة او) ان شاءت (عجزت) من التعجيز (نفسها) مفعول عجزت لانه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وهي الكتابة وآجلة بغير بدل وهي امومية الولد فتختار ايهما شاءت (وهي) اى المكاتبة (ام ولده) سواء صدقته اذا ادعى او كذبته لان للمولى حقيقة الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فثبت من غير تصديق بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية المكاتب حيث لا يثبت النسب من المولى الا بتصديق المكاتبة بخلاف ما اذا ادعى جارية ابنه يثبت نسبه بمجرد الدعوى ولا يحتاج الى تصديق الابن (واذا مضت على الكتابة) يعني اذا اختارت الكتابة ومضت عليها (اخذت) اى ام الولد (منه) اى من مولاها (عقرها) اى مهر مثلها لانها مختصة بنفسها بالكتابة فصار المولى كالاجنبي في حق نفسها (وان مات المولى) بعد مضيها على الكتابة (عتقت) بالاستيلاد (وسقط عنها البدل) لان كتابتها بطلت وانتفت الفائدة في ابقائها لانها تعتق مجانا من جهة كونها ام ولد (وان ماتت) المكاتبة (وتركت مالا اديت منه) اى من المال (كتابتها وما بقى) من المال (ميراث لابنها) لثبوت عتقها في آخر جزء من حيوتها وان لم يترك مالا فلا سعاية على هذا الولد لانه حر قيل لو قال لولدها لكان اشمل للبنت انتهى لكن الابن يأخذ جميع المال وليست البنت كذلك لانها تأخذ النصف الاخر للمولى ومراد المص ما يأخذ الجميع وهو الابن فقط لانه قال وما بقى اى مجموع ما بقى تأمل (ولا يثبت نسب من تلده بعده) اى بعد الولد الاول (بلا دعوة بل هو مثلها) اى مثل ام الولد (في الحكم) لحرمة وطئها عليه وولد ام الولد انما يثبت نسبه من غير دعوة اذا لم يحرم على المولى وطئها

وان حرم

وان حرم فلا يلزمه حتى اذا عجزت نفسها وولدت بعد ذلك في مدة يمكن العلوق بعد التعجيز ثبت نسبه من غير دعوة الا اذا انفاه صريحا كسائر امهات الاولاد ولو لم يدع الولد الثاني وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد في بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق و بطلت عنه السعاية لانه في حكم امه (وان كاتب شخص مدبره او ام ولده صح) ما فعله من الكتابة لقيام الملك فيهما وان كانت ام الولد غير متقومة عند الامام (فان مات) المولى (عتقت) ام الولد (المكاتبة مجانا) اى بغير شئ لانها عتقت بالاستيلاد والبدل وجب لتحصيل العتق وقد حصل و يسلم لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهي مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه فصار كما اذا اعتقها المولى في حال حيوته (والمدبر) المكاتب (يسعى) بعد موت المولى (في) جميع (بدل كتابته) ان شاء (او) سعى (ثلثي قيمته ان كان) المولى يموت (معسرا) عند الامام لانه استحق حرية الثلث ظاهرا فالانسان لا يلتزم المال في مقابلة ما يستحق حريته مجانا فيبقى البدل جميعا في مقابلة ثلثي الرقبة كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على الف يصير كل الالف في مقابلة الواحدة الباقية بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة لان البدل يقابل بكل الرقبة لا بثلثيها اذ لا استحقاق عند عقد الكتابة في شئ من الحرية (وعند ابي يوسف يسعى في الاقل من البدل او من ثلثي قيمته) لكون الاقل نافعا (وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي البدل او) من (ثلثي القيمة) لان المدبر يعتق ثلث رقبته مجانا فسقط حصته من بدل الكتابة كما سقط من قيمته فيبقى الثلثان من بدل فصار الاختلاف بينهم في الخيار وفي المقدار لان ابي يوسف مع الامام في المقدار ومع محمد في نفي الخيار فالخيار عند الامام فرع التجزى وعدم الخيار عندهما لعدم التجزى لما بين في موضعه وانما وضع المسئلة في العسر لانه ان كان له مال غيره وهو يخرج من الثلث عتق و بطل كتابته (وان دبر) المولى (مكاتبه صح) التدبير بالاجماع لانه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق بشرط الموت (ومضى عليها) اى على الكتابة ان شاء (او عجز) من التعجيز (نفسه وصار مدبرا) لان الكتابة عقد غير لازم في حق العبد وان كان لازما في حق المولى (فان مضى عليها) اى على الكتابة (فمات سيده) حال كونه (معسرا يسعى) المدبر (في ثلثي البدل او) في (ثلثي قيمته) عند الامام لان الاعتاق متجزئ فيسقط من بدل الكتابة الثلث فيختار منهما ما شاء (وعندهما يسعى في الاقل من ثلثي كل منهما) لان العاقل يختار اقل الدينين ضرورة فالخلاف في الخيار مبني على تجزى الاعتاق وعدم تجزيه اما المقدار هنا فمتفق عليه (وان اعتق مكاتبه عتق) لقيام الملك فيه (وسقط عنه بدل الكتابة) لانه التزمه ليحصل العتق وقد حصل بدونه (وان كوتب) العبد (على الف مؤجل فصالح على نصفه حالا صح) الصلح والقياس ان لا يجوز لانه اعتياض بالمال الحال عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا وبه قال ابو يوسف وزفر والشافعي ومالك كما في عيون المذاهب وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا بالاجل دون وجه آخر وبدل الكتابة ليس بمال من وجه حيث لا تجوز الكفالة به دون وجه آخر فاستويا في كونهما مالا وغير مال (وان مات مريض) وهو الذي قد كان (كاتب عبدا قيمته الف) فكاتبه (على الفين الى سنة ولا مال له) اى للمريض (غيره) اى غير العبد (ولم يجز الورثة) ذلك (ادى العبد) المكاتب (ثلثي البدل حالا وادى (الباقي الى اجله) اى عند انتهاء اجله (او رد رقيقا) عند الشيخين لان جميع المسمى بدل الرقبة وحق الورثة متعلق بجميع المبدل فيصير متعلقا بكل البدل ولذا يكون عتقه متعلقا باداء الكل فلا يجوز في قدر الثلثين منه (وعند محمد ان شاء (يؤدي ثلثي قيمته) وهي الف (للحال والباقي الى اجله او يرد رقيقا) لان المريض ليس له التأجيل في ثلثي القيمة اذ لا حق له فيه واما في الزيادة فيجوز الترك فيصح التأخير (وان كاتبه على الف) الى سنة (وقيمته الفان ولم يجيزوا) اى الورثة (ادى ثلثي القيمة للحال او رد الى الرق اتفاقا) يعني انه يخير بين الامرين لان المحاباة هنا حصلت في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما اى يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في التأخير كما في المنح (ومثلها) اى مثل الكتابة (البيع) يعني اذا باع المريض داره بالفين الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم يجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه كما في الهداية (وان كاتب حر عن عبد بالف وادى) الحر الالف (عتق ولا يرجع الحر به) اى بالالف (عليه) اى على العبد لكونه متبرعا اذ لم يأمره بذلك صورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم سواء شرط العتق بادائه بان قال ان اديت اليك فهو حر او لم يقل ذلك فكاتب المولى ثم ادى الحر الالف يعتق في الصورتين اما في الاولى فبحكم الشرط واما في الثانية فلعدم توقف الكتابة المزبورة على قبول الغائب فيما ينفعه وهو صحة اداء الحر القابل بعقد الكتابة استحسانا وفي القياس لا يعتق لان الشرط معدوم والعقد موقوف على قبول العبد الغائب فيما يضره وهو وجوب البدل عليه والموقوف لا حكم له (وان قبل العبد) حين بلوغ الكلام

اليه قبل اداء الحر (فهو) اى العبد (مكاتب) لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة وانما قلنا
قبل ادائه لانه ان قبل بعد اداء الحر فلايكون فى حكم المكاتب لوجود الحرية قبل ان قال العبد لااقبله ثم ادى
القابل لايعتق لان العقد ارتد برده (وان كاتب) المولى (عبدا عن نفسه وعن آخر غائب) بان قال الحاضر لمولاه
كاتبنى بالف درهم على نفسى وعلى فلان الغائب فكاتبهما (فقبل) العبد الحاضر (صح) عقد الكتابة
والقياس ان لايجوز الاعن نفسه لولايته عليها ويتوقف فى حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان
ان الحاضر اضاف العقد الى نفسه ابتداء فجعل نفسه اصلا والغائب تبعا فيصح كامة كوتبت دخل اولادها
تبعا حتى عتقوا بادائها ولايلزم عليهم من البدل شئ (وقبول الغائب ورده لغو) اذلايتوقف فى حقه (ويؤخذ الحاضر
بكل البدل) لان كل البدل عليه (ولا يؤخذ الغائب بشئ) من البدل لكون العقد نافذا على الحاضر
ولو اكتسب الغائب شيئا ليس للمولى ان يأخذه وليس له ان يبيعه من غيره ولو ابرأه المولى او وهب مال الكتابة
لايصح لعدم وجوبه عليه ولو ابرأ الحاضر او وهبه له عتقا جميعا ولو اعتق الغائب سقط عن الحاضر حصته
من البدل وان اعتق الحاضر او مات سقطت حصة الحاضر وادى الغائب حصته حالا والاردقنا (وايهما) اى اى
واحد من الاثنين وهما الحاضر والغائب (ادى) بدل الكتابة (اجبر المولى على القبول) اى على قبول المدفوع اليه
اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن
اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه (وعتقا) اى الحاضر
والغائب جميعا لوجود الشرط حقهما وهو اداء بدل الكتابة (ولايرجع احدهما على الاخر) بما ادى الى المولى
من بدل الكتابة اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه واما الغائب فلانه ادى بغير امره (وكذا لو كاتبهما معا) اى لو كاتب
عبديه كتابة واحدة ان اديا عتقا وان عجزا ردا الى الرق ولايعتقان الا باداء الجميع لان الكتابة واحدة وشرطها فيهما
معتبر وايهما ادى اجبر المولى على القبول وعتقا (ولايعتق احدهما باداء حصته) لانهما كشخص واحد (بخلاف
مالو كانا) اى العبدين (لاثنين) اى لرجلين وكاتباهما كذلك فكل واحد منهما مكاتب لحصته يعتق بادائها لان كل
واحد من السيدين انما استوجب البدل على مملوكه ويعتبر شرطه فى مملوكه لا فى مملوك غيره بخلاف المسئلة الاولى
لان شرطه معتبر فى حقهما لانهما مملوكاه كما فى الاختيار (ولو عجز احدهما) فى المسئلة الاولى فرد الى الرق
اما باصطلاحهما او برده القاضى ولم يعلم الاخر (ثم ادى الاخر الكل عتقا) جميعا لما مر انهما كشخص واحد ولو ذكر
هذه المسئلة عقيب الاولى لكان اوضح وانسب تدبر (وان كاتبت امة عنها وعن) ولدين (صغيرين لها جاز)
العقد استحسانا اذا قبلت الامة (واى) واحد من الثلثة وهم الام والابنان (ادى اجبر المولى على القبول وعتقوا)
لانها جعلت نفسها اصلا فى الكتابة واولادها تبعا ولو اعتق المولى الام بقى عليهما من بدل الكتابة بحصتهما يؤديانه
فى الحال ويطالب المولى الام بالبدل دونهما ولو اعتقهما سقط عنها حصتهما وعليها الباقى على نجومها كما مر
فى كتابة الحاضر والغائب (ولايرجع على غيره) بشئ لكونه منتفعا بالاداء ومتبرعا فى حق الغير *) باب كتابة العبد

باب كتابة العبد المشترك

المشترك (* بين الاثنين ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لان الاشتراك خلاف الاصل ولان المشترك من غيره
كالمركب من المفرد (ولو اذن احد الشريكين فى عبد للاخر ان يكاتب حصته منه) اى من العبد (بالف) درهم
(ويقبض البدل) اى بدل الكتابة (ففعل المأذون) اى كاتب الشريك المأذون (وقبض البعض) اى بعض البدل
(فعجز المكاتب) عن اداء باقيه (فالمقبوض) من البدل (للقابض خاصة) عند الامام لان الكتابة متجزئة على قوله
لافادتها الحرية يدا فيكون مقتصرا على نصيبه ودالا على اذن للعبد بالاداء اليه فيكون متبرعا فى نصيبه على القابض
فيكون كل المقبوض له (وقالا هو) مكاتب (بينهما) وما ادى فهو بينهما لان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة
الكل لان الكتابة لاتتجزى عندهما كالحرية فيكون القابض اصيلا فى بعض مقبوضه ووكيلا فى بعضه لشريكه
فيصير المقبوض مشتركا بينهما بعد العجز كما كان مشتركا قبل العجز (امة) مشتركة (لرجلين كاتباها فاتت
بولد فادعاه احدهما) اى ادعى احد الشريكين الولد (ثم اتت باخر) اى بولد اخر (فادعاه) الشريك (الاخر
فعجزت) الامة عن اداء البدل (فهى) اى الامة (ام ولد) الشريك (الاول) لان دعوته صحيحة لقيام ملكه وكون
استيلاده غير متجز الا ان المكاتبة لاتقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه كما فى المدبرة المشتركة
وكذا دعوة الاخر صحيحة فى ولدها الثانى مادامت الامة باقية على الكتابة لقيام ملكه ثم ان الكتابة لما جعلت كان
لم تكن بسبب العجز وقع وطئ الاخر حقيقة فى ام ولد الغير وظهر ان كل الامة ام ولد للاول لزوال الكتابة المانعة
من الانتقال ولتقدم وطئه (وضمن) الاول للثانى (نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد

(و) ضمن (نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (و) ضمن (الثانى) للاول (تمام عقرها) لانه وطئ ام ولد
الغير حقيقة (و) ضمن (قيمة الولد) الثانى (وهو) اى الولد الثانى (ابنه) اى ابن الثانى لانه بمنزلة المغرور لانه حين
وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه وحر بالقيمة كما عرف فى موضعه (وايهما) اى اى واحد
من الشريكين (دفع العقر اليها) اى الى المكاتبة (قبل العجز جاز) دفعه لانه حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها
بنفسها فاذا عجزت ترد الى المولى لانه ظهر اختصاصه بها هذا كله عند الامام (وعندهما) كل الامة ام ولد للاول حين
ادعائه لان تكميل امومية الولد واجب بالاتفاق فيما امكن بناء على ان استيلاد المكاتبة غير متجز والتكميل
ممكن بسبب فسخ الكتابة بالاستيلاد فيما لا تتضرر به المكاتبة فينتقل نصيب الثانى الى الاول كما ينتقل بفسخ
الكتابة بالعجز (ولايثبت نسب الولد) الثانى (من الثانى) لان وطئ الثانى صادف ام ولد الغير فلايثبت نسب
الولد منه (ولايضمن) الثانى (قيمته) اى قيمة الولد ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لايجب الحد عليه للشبهة
وهى شبهة انها مكاتبة بينهما (وحكمه) اى حكم الولد (كامه) يعنى يكون تابعا لامه فى الاستيلاد (ويضمن
تمام العقر) لان الحد لايعرى عن احد الغرامتين والحد مندرئ للشبهة فتحقق الغرامة (ويضمن الاول) للاخر
(نصف قيمتها مكاتبة عند ابى يوسف) لانه يملك نصيب شريكه وهى مكاتبة سواء كان موسرا او معسرا لانه ضمان
التملك (و) يضمن (الاقل منه) اى من نصف قيمتها ومن نصف (مابقى من البدل) اى بدل الكتابة (عند محمد) لان حق
الاخر فى نصف الرقبة نظرا الى العجز وفى نصف البدل نظرا الى الاداء فللتردد يلزم اقلهما لتيقنه واذا انفسخت
الكتابة فى حصة الشريك عندهما قبل العجز فكلها مكاتبة للاول بنصف البدل عند الشيخ ابى منصور
وبكل البدل عند عامة المشايخ (ولو لم يطأ الثانى) الامة المكاتبة المشتركة بعد استيلاد الاول (بل دبرها فعجزت)
عن الكتابة (بطل التدبير) بالاجماع لان الاول تملك نصيب شريكه بالعجز من وقت وطئه على مذهب الامام او تملك
كلها بالاستيلاد قبل العجز على مذهبهما فالتدبير يقع فى ملك غيره (وهى) اى الامة (ام ولد الاول) لزوال الكتابة
المانعة بالعجز ولزوم استكمال الاستيلاد (والولد له) اى للاول لصحة دعوته (وضمن) الاول لشريكه (نصف
قيمتها) لتملكه بالاستيلاد ونصف عقرها لوقوع الوطئ فى المشتركة (ولو اعتقها احدهما) اى اعتق
احد الشريكين الامة المكاتبة المشتركة حال كونه (موسرا فعجزت) عن الكتابة (ضمن المعتق) لشريكه (نصف
قيمتها ويرجع) المعتق (به) اى بما ضمنه (عليها) اى على الامة لان الساكت عن التحرير يضمن المحرر وهو ايضا
يضمنها عند الامام (خلافا لهما) اى قالا لايرجع عليها اذ بالعجز صارت كانها لم تزل عن القنة وهذا الخلاف
على ما مر ان الساكت اذا ضمن المعتق يرجع عنده لاعندهما وان لم تعجز الامة عن اداء البدل حال كون المعتق موسرا
فلا ضمان عند الامام اذ بالاعتاق لم يتغير نصيب الساكت بناء على ان الاعتاق متجز عنده وهى مكاتبة قبل الاعتاق
(وعندهما يضمن الموسر وتجب السعاية فى المعسر) لان الاعتاق لما كان لايتجزى عندهما يعتق الكل فان كان المعتق
موسرا يضمن للساكت قيمة نصيبه من المكاتبة وان كان معسرا تسعى الامة لان ضمان الاعتاق يختلف باليسار
والاعسار كما بين فى موضعه (ولو دبر احد الشريكين ثم اعتق الاخر) حال كونه (موسرا ضمنه المدبر) بكسر الباء
يعنى للمدبر ان يضمن المعتق نصف قيمته ان شاء (او استسعى العبد او اعتقه) اى خير المدبر بين الثلاثة عند الامام (وان
عكسا) اى ان اعتقه احد الشريكين ثم دبره الاخر (فالمدبر) بالكسر (يعتق او يستسعى) ولايضمن عند الامام ووجهه
ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الاخر فتثبت له خيرة الاعتاق
والتضمين والاستسعاء لما عرف من مذهبه واذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر
على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء
ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين
وقيل يجب ثلثا قيمته قنا كما فى الهداية (وعندهما ان دبر الاول ضمن نصف قيمته موسرا او معسرا) لانه ضمان
تملك فلايختلف بهما (وعتق الاخر) لغو لان التدبير لايتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف
قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن (وان اعتق الاول ضمن) لشريكه نصف قيمته (و) كان (موسرا او استسعى
العبد) لو كان (معسرا) لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما (وتدبير الاخر لغو) لان الاعتاق
لايتجزى فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده *) باب العجز والموت (* اى موت المكاتب وموت المولى
تأخير باب احكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة (اذا عجز المكاتب عن نجم)
اى مكاتب عجز عن اداء وظيفة مقطوعة من بدل الكتابة لما مر ان النجم فى الاصل الطالع ثم سمى به الوقت ثم الوظيفة

التى تؤدى فى ذلك الوقت لملابسة بينهما (فان رجى له حصول مال) بان كان لهذا المكاتب على اخر دين يرجى
ان يكون مقبوضا ومال يرجى قدومه (لا يعجل الحاكم بتعجيزه ويمهل يومين او ثلاثة) ايام نظرا للجانبين والثلاثة هى
المدة التى ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون المقر للقضاء وكشرط الخيار ونحو ذلك فلا يزاد عليه
(والا) اى ان لم يرج له حصول مال (عجزه) الحاكم (وفسخ الكتابة ان طلب سيده او عجزه سيده برضاه) اى
برضاء المكاتب وان لم يرض به العبد فلا بد من القضاء بالفسخ عند الطرفين لان الكتابة عقد لازم تام فلا يفسخ الا
بالقضاء او الرضاء كما فى الرجوع عن الهبة وفى بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ كما فى الكافى وللمولى حق الفسخ
فى الكتابة الفاسدة بلا رضاء العبد وللعبد حق الفسخ ايضا فى الجائزة والفاسدة بغير رضاء المولى كما فى التنوير
(وعند ابى يوسف لا يعجز) اى لا يحكم الحاكم بعجزه (مالم يتوال عليه نجمان) لقول على رضى الله تع عنه اذا توالى
على المكاتب نجمان رد الى الرق والاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولهما ماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما
ان مكاتبا له عجز عن نجم فرده الى الرق ولان الحق بالعقد من جانب المولى تعيين المسمى عند انقضاء النجم الاول
وانه قد فات فوجب تخييره كما لو توالى عليه نجمان وهذا لان الكتابة قابلة للفسخ والاخلال بالنجم الواحد اخلال
بما هو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه كفوات وصف السلامة فى المبيع وفى المضمرات
ان الصحيح قولهما (واذا عجز) المكاتب (عادت اليه احكام رقه) لان فك الحجر كان لاجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون
العقد (ومافى يده) من الاكتساب (لمولاه) اذ ظهر انه كسب عبده بسبب عجزه (ويحل) مافى يد المكاتب (له) اى
للمولى (ولو) وصلية كان (اصله من صدقة) ولم يكن المولى مصرفا للصدقة زكوة كانت او غيرها الا انه اخذه عوضا
عن العتق زمان الاخذ والمكاتب قد اخذه صدقة وهو من المصارف ومن الاصول المقررة ان تبدل الملك قائم مقام
تبدل الذات اخذا لقوله عليه السلام لبريرة هى لك صدقة ولنا هدية كما مر وفى المنح ولا فرق على الصحيح بين ما اذا
اداه الى المولى ثم عجز او عجز قبل الاداء وفى العناية تفصيل فليراجع (وان مات) المكاتب (عن وفاء) اى ان مات وله
مال يفى ببدل الكتابة (لا تنفسخ) الكتابة (ويؤدى بدلها) اى بدل الكتابة (من ماله ويحكم بعتقه فى اخر جزء من
اجزاء حيوته ويورث مابقى من ماله) وهو قول على وابن مسعود رضى الله عنهما وبه اخذ علماؤنا لان الكتابة عقد
معاوضة فلا يبطل بموته كما لا تبطل بموت مولاه اذ المعاوضة تقتضى المساواة قال الجمهور ان المكاتب يعتق فى اخر
جزء من اجزاء حيوته لان بدل الكتابة هو سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء الى ماقبله فيجعل اداء نائبه
كادائه ولان بدل الكتابة يقام فى اخر عمره مقام التخلية وهى الاداء فيكون المولى مستحقا عليه قبل الموت
وقال البعض ان المكاتب يعتق بعد الموت وقال زيد بن ثابت رضى الله عنه تنفسخ الكتابة بموت المكاتب كما اذا
لم يترك مالا وافيا وبه اخذ الشافعى لفوات المحل (ويعتق اولاده الذين شراهم) فى كتابته (او ولدوا فى كتابته)
متعلق بقوله شراهم وولدوا على التنازع حتى لو ولدوا قبل الكتابة لا يتبعون ولا يعتقون الا ان يكونوا صغيرين
وعن هذا قال (او) اولاده الذين (كوتبوا معه تبعا) بان يكونوا صغيرين (او قصدا) بان يكونوا كبيرين ولكن
كوتبوا معه لان الصغيرين يتبعون الاب فى الكتابة والكبيرين يجعلون مع الاب كشخص واحد فيعتقون ويرثون
اما لو كان الاب والولد مكاتبين بعقد على حدة يعتق من وقت اداء بدل الكتابة مقصورا عليه ولا يرث لانه رق
بالكتابة كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ (وان لم يترك وفاء) اى ان مات المكاتب ولم يترك مالا يفى ببدل الكتابة (وله
ولد ولد فى كتابته سعى) الولد فى كتابة ابيه كما كان يسعى ابوه (على نجومه) اى على نجوم ابيه المقسطة (فاذا ادى)
الولد الكتابة (حكم بعتقه) اى بعتق الولد لانه داخل فى كتابة ابيه فيعتق بعتقه (وعتق ابيه قبل موته) يعنى فى اخر
جزء من اجزاء حيوته (والولد المشترى) اى الولد الذى اشتراه المكاتب فى كتابته ومات (اما ان يؤدى البدل حالا
او يرد فى الرق) عند الامام لان حكم العقد لم يسر اليه لكنه اذا ادى فى الحال فقد ظهر ان اباه مات عن وفاء وان الكتابة
باقية وانه مات حرا (وعندهما هو) اى الولد المشترى (كالاول) اى كالمولود فى الكتابة لكونه مكاتبا
بتبعية الاب وبه قال مالك وفى التنوير اشترى المكاتب ابنه فمات عن وفاء ورثه ابنه (وان مات المكاتب وترك ولدا
من) امرأة (حرة وترك دينا على الناس فيه وفاء) ببدل الكتابة (فجنى الولد فقضى) اى قضى القاضى (بارش الجناية
على عاقلة الام لا يكون ذلك قضاء بعجز المكاتب) لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لانها يقتضى الحاق الولد
بموالى الام وايجاب الدية عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكم
الكتابة لا يكون تعجيزا عنها (وان اختصم موالى الام و) موالى (الاب فى ولائه فقضى به) اى قضى القاضى بالولاء
(لموالى الام فهو قضاء بعجزه) اى المكاتب لان هذا الاختلاف فى الولاء مقصودا وذلك يبنى على بقاء الكتابة

وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا
وانتقل الولاء الى موالى الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ مايلاقيه القضاء ولهذا كان تعجيزا وهذا كله فيما اذا
مات المكاتب عن وفاء فاديت الكتابة او عن ولد فاداها اما اذا مات لا عن وفاء ولا عن ولد فاختلفوا فى بقاء
الكتابة قال الاسكاف تنفسخ حتى لو تطوع انسان باداء بدل الكتابة عنه لا تقبل منه وقال ابو الليث لا تنفسخ
مالم يقض بعجزه حتى لو تطوع به انسان عنه قبل القضاء بالفسخ جاز ويحكم بعتقه فى اخر حيوته كما فى شرح
الكنز للعينى (ولو جنى عبد فكاتبه سيده) حال كونه (جاهلا بجنايته) فعجز العبد عن الكتابة فالمولى بالخيار (ان شاء
دفع) العبد بالجناية الى المجنى عليه (او فدا) العبد بالارش لانه الموجب لجناية العبد فى الاصل ولم يكن عالما بالجناية
حتى يصير مختارا للفداء ولهذا قيده بكونه جاهلا لكن الكتابة مانعة للدفع فاذا زال المانع عاد الحكم الاصلى
(وكذا الحكم لو جنى المكاتب فعجز) عن الكتابة (قبل القضاء به) اى بموجب الجناية لانه لما عجز صار رقيقا وحكم جناية
القن يخير فيه المولى بين الدفع والفداء على ماعرف فى موضعه (ولو عجز (بعد ماقضى عليه) اى على المكاتب (به)
اى بموجب الجناية فى حال كتابته فعجز (فهو) اى موجب الجناية (دين) عليه (ويباع) العبد (فيه) لانتقال الحق
من رقبته الى قيمته بالقضاء هذا عندنا لما مر من ان الاصل فى جناية العبد وجوب الدفع الا اذا تعذر التسليم
لوجود المانع عن الانتقال من ملك الى ملك وهو قابل للفسخ والزوال فيكون المانع مترددا فلم يثبت الانتقال الا
بالقضاء او بالرضاء او بالموت عن الوفاء بخلاف التدبير والاستيلاد لان المانع لا يقبل الانتقال فوجبت القيمة بلا توقف
وعند زفر وهو قول ابى يوسف اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء لان المانع من الدفع قائم وقت وقوع الجناية
وهو الكتابة فوجبت القيمة بنفس الوقوع كجناية المدبر وام الولد وفى الدرر واقر المكاتب بجناية خطأ لزمته وحكم
بها عليه لان جنايته مستحقة فى كسبه وهو احق باكسابه فنفذ اقراره كالحر واذا لم يحكم عليه حتى عجز بطلت (ولا
تنفسخ الكتابة بموت السيد) لان الكتابة من اسباب العتق والعتق حق للمكاتب وكذا سببه حق له فلا تبطل بموت السيد
كالتدبير وامومية الولد والدين والاجل اذا مات الطالب (ويؤدى المكاتب البدل الى ورثته) اى الى ورثة سيده (على
نجومه) لان النجوم حقه لانه اصل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت الطالب كالاجل فى الدين هذا اذا كاتبه
وهو صحيح او كاتبه وهو مريض لا يصح تاجيله الا من الثلث (فان اعتقه اى العبد المكاتب (بعضهم) اى بعض الورثة
(فى مجلس و) اعتقه (الاخر فى) مجلس (اخر لا ينفذ) عتقه لانه لم يملكه اذ المكاتب لا ينتقل من ملك المورث الى ملك
الوارث كما لا يملك بسائر اسباب الملك ولا تسقط حصته من البدل عندنا خلافا للشافعى وقيل يعتق اذا اعتقه
الباقون مالم يرجع الاول (وان اعتقوه) اى جميع الورثة فى مجلس واحد (كلهم عتق) العبد المكاتب (مجانا) والقياس
ان لا يعتق لعدم ملكهم وجه الاستحسان انه يجعل ابراء عن بدل الكتابة اقتضاء تصحيحا للعتق كما اذا ابرأه المولى
عن كل بدل الكتابة وفى التنوير مكاتب تحته امة طلقها ثنتين فملكها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره كاتبا عبدا
كتابة واحدة وعجز المكاتب لا يعجزه القاضى حتى يجتمعا * كتاب الولاء * اورد كتاب الولاء عقيب المكاتب
لانه من اثار زوال ملك الرقبة وهو لغة القرابة وشرعا قرابة حكمية حاصلة من العتق او من الموالاة وهى
المتابعة لان فى ولاء العتاقة ارثا يوالى وجود الشرط وكذا فى ولاء الموالاة وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة
والمحبة بالعتق ولو بمال او بالعقد والوعد ولو كافرا فالولاء عبارة عن النصرة بالعتق او بالعقل فيرثه شرعا
عند عدم المانع من الارث وفى التنوير هو عبارة عن التناصر بولاء العتاقة او بولاء الموالاة ومن اثاره الارث
والعقل (الولاء لمن اعتق) وهو لفظ الحديث اخرجه الائمة الستة عن عائشة الصديقة رضى الله تع عنها عن
النبى عليه السلام الولاء لمن اعتق يعنى اعتق مملوكه ذكرا كان السيد او انثى فولاؤه له ولذا قال الجمهور سبب
هذا الولاء الاعتاق والاصح ان سببه العتق على ملكه لانه يضاف اليه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق
والاضافة دليل الاختصاص وهو بالسببية ولان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولا له ولا اعتاق من جهته
والحديث لا ينافى ان يكون العتق على الملك هو السبب لان العتق يوجد عند الاعتاق لا محالة وتخصيصه به
خرج مخرج الغالب (ولو) وصلية (بتدبير) بان دبر عبده فمات وعتق من ثلثه (او استيلاد) بان استولد جارية
ومات عتقت من جميع ماله (او كتابة) بان كاتب عبده وادى بدل الكتابة فعتق (او وصية او ملك قريب) بان
ملك اباه او ابنه بشراء او هبة او نحو ذلك فعتق عليه وذلك لاطلاق الحديث قال صدر الشريعة فان قيل كيف
يكون الولاء فى التدبير والاستيلاد للسيد والمدبر وام الولد انما يعتقان بعد موت السيد قلنا صورته ان يرتد السيد
ويلحق بدار الحرب حتى يحكم بعتق مدبره وام ولده ثم جاء مسلما فات مدبره او ام ولده فالولاء له انتهى وفيه كلام

لان الغرض اثبات الولاء للسيد فى جميع المواد كما يدل عليه تصوير المسئلة فالجواب ان يقال ان الولاء يثبت ابتداء للمولى ثم ينتقل الى ورثته فيستقيم الكلام فى المكاتب الذى ادى البدل بعد موت السيد الى الورثة وكذا فى العبد الموصى بشرائه ثم اعتقه وغيرهما تدبر (ولغا شرطه لغيره اوسائبة) يعنى لو اعتق العبد وشرط الولاء لغيره اوشرط ان يكون معتقا ولاولاء بينهما ويرثه غيره كان الشرط لغوا لانه مخالف للشرع فيرثه كما فى النسب اذا شرط ان لايرثه وما فى شرح الوقاية لصدر الشريعة من ان ذلك شرط مخالف لمقتضى العقد مقام النص سهو من قلم الناسخ تتبع (ومن اعتق) امة (حاملا من زوج قن) للغير (فولدت) الامة الحامل ولدا بعد عتقها (لاقل من نصف سنة فولاء الولد له) اى لمولى الام (لاينتقل) ولاء الحمل (عنه) اى عن مولى الام الى مولى الاب ان اعتق ابوه (ابدا) لانها لما اعتقت وتيقن وجود الحمل فى ذلك الوقت عتق حملها مقصودا لانه جزؤها فلاينتقل من مواليها الولاء على التأبيد لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق (وكذا لو ولدت) الامة المذكورة ولدين (توأمين احدهما) اى ولادة احدهما (لاقل من نصفها) اى من نصف السنة من وقت الاعتاق والاخر لاكثر منه وبين الولدين اقل من ستة اشهر فولاؤهما لمولى الام ابدا بلانقل عنه الى مولى الاب ان اعتق الاب لان التوأمين مخلوقان من ماء واحد فيعتقان معا بالاعتاق المزبور لوكان مابين الولدين اقل من اقل مدة الحمل (وان ولدت) الامة المزبورة ولدا بعد عتقها (لاكثر من ذلك) اى من نصف سنة (فولاؤه) اى الولد (له) اى لمولى الام ايضا لان الولد جزؤها فيتبعها فى الصفات الشرعية الايرى انه يتبعها فى الحرية والرق فكذا فى الولاء عند تعذر جعله تبعا للاب لرقه (لكن ان اعتق الاب) والولد حى (جره) اى جر الاعتاق الولاء (الى مواليه) اى يجر الاب ولاء ابنه من مولى الام الى قوم نفسه لان الولاء لحمة كلحمة النسب ثم النسب من الاباء وكذا الولاء وانما يكون من الامهات للضرورة وقد زالت بالعتق فينتقل الى مولى الاب كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ثم اذا كذب نفسه ينتقل الى الاب لزوال المانع فان مات مولى الاب قبل الولد بعد اعتاق الاب لايكون مولى الام وارثا بذلك الولاء كما قال ابن كمال الوزير فى شرح الفرائض وفى التبيين هذا اذا لم تكن معتدة فان كانت معتدة فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر من وقت العتق ولاقل من سنتين من وقت الفراق لاينتقل ولاؤه الى موالى الاب لانه كان موجودا عند عتق الام ولهذا ثبت نسبه من الزوج ولايرجع (الاولون عليهم بما عقلوا عنه قبل الجر) اى لو تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على مولى الام لايرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانه حين عقل عنه قوم لام كان النسب ثابتا لهم وانما يثبت لقوم الاب مقتصرا على زمان الاعتاق لان سببه هو العتق فلايرجعون به (ولو تزوج عجمى) حر الاصل (له مولى موالاة اولامعتقة) سواء كانت معتقة العرب اوالعجم وماوقع فى القدورى وهو من تزوج من العجم بمعتقة للعرب اتفاقا (فولدت) ولدا (منه) اى من العجم (فولاء الولد لمواليها) اى موالى الام عند الطرفين (وعند ابى يوسف حكمه) اى حكم الولد (حكم ابيه) فيكون الولاء لموالى ابيه لا لمواليها لانه كالنسب والنسب الى الاب وان كانت الام اشرف لكونه اقوى وبه قالت الائمة الثلاثة ولهما ان ولاء العتاقة قوى معتبر والنسب بين العجمين ضعيف لانهم ضيعوا انسابهم ولاتفاخر لهم به وكذا ولاء الموالاة ضعيف والضعيف لايعارض القوى قيد بالاعجمى لان اباه ان كان عربيا يكون ولاؤه لموالى ابيه اتفاقا لشرف نسبه وقيدنا بالحر الاصل لان الابوين لوكانا معتقين فالنسبة الى قوم الاب اتفاقا لانهما استويا والترجيح لجانب الاب وقيد بمولى الموالاة لانه لوكان مولى عتاقة فولاؤه لموالى ابيه اتفاقا وفصل صاحب الدرر فى هذا المحل وحاصله ان الام اذا كانت حرة الاصل بمعنى عدم الرق فى اصلها فلا ولاء على ولدها لانه كما لاينتقل الولاء فى المسئلة الاولى وهى قوله ومن اعتق حاملا الخ فلان لاينتقل عند كونها حرة الاصل بالطريق الاولى ويوافق ماذكر فى البدايع والتكملة ومختصر المحيط من اشتراط عدم كون الام حرة اصلية فى ثبوت الولاء واما مافى المنية وان كان المتبادر منه المخالفة لكنه لامخالفة فى الحقيقة على ماحقق فى الدرر وذهب البعض الى ثبوته عند كون الام حرة اصلية ومن علماء هذه الدولة من افتى على الثبوت ومنهم من على خلافه والمولى ابو السعود افتى اولا على الثبوت ثم رجع وافتى على خلافه وثبت عليه كما فصل فى حاشية عزمى زاده على الدرر وموجب مايقتضيه الاصول عدم الثبوت لان الولاء يتفرع على زوال الملك وهو على ثبوته وثبوته فى الولد من جانب الام ابتداء واذا كانت حرة اصلية كيف يتصور الملك على الولد وينبغى ان يتنبه ان لفظ حر الاصل يستعمل فى معنيين عدم جرى الرق على النفس من حين العلوق مع جريه على الاصل وعدم جريه على الاصل ابدا والاختلاف انما هو على المعنى الثانى واما على الاول فلانزاع فى الثبوت ومرجع مسائل الولاء الى هذه الصور وهى ان الولد اما ان يكون امه حرة

اصلية بهذا المعنى اولا وح اما ان تكون معتقة حال الحمل من قن ولدت لاقل من نصف سنة اولا وح اما ان يكون ابوه رقيقا اولا وح اما ان يكون حر الاصل بهذا المعنى اولا فان كان فاما ان يكون عربيا اولا فهذه ست صور ففى الاولى والخامسة لاولاء اصلا والثانية والثالثة الولاء لقوم الام وفى الرابعة لقوم الاب وفى السادسة لقوم الام عند الطرفين خلافا لابى يوسف وفى قول المص من اعتق حاملا الخ دلالة الى الاولى والثانية وفى قوله وان ولدت لاكثر الخ الى الثالثة والرابعة وقوله لو تزوج العجمى الى الخامسة والسادسة تتبع (والمعتق) عصبة سببية (مقدم على ذوى الارحام) وهو من لافرض له ويدخل فى نسبته الى الميت انثى (مؤخر عن العصبة النسبية) سواء كانت عصبة بنفسه او بغيره اومع غيره وكذا مقدم على الرد على ذوى السهام وهو آخر العصبات وهو قول على رضى الله عنه وبه اخذ علماء الامصار وسيأتى فى الفرائض ان شاء الله تعالى (فان مات السيد ثم) مات (المعتق) ولاوارث له من النسب (فارثه) اى ارث المعتق (لاقرب عصبة سيده) على الترتيب المعروف فى علم الفرائض (فيكون) ارثه (لابنه) اى ابن السيد (دون ابيه لواجتمعا) عند الطرفين لان الجزء اقرب وهو اختيار سعيد بن المسيب ومذهب الشافعى والقول الاول لابى يوسف (وعند ابى يوسف لابيه السدس والباقى للابن) وهو احدى الروايتين عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه وبه قال شريح والنخعى لان الولاء كله اثر الملك فيلحق بحقيقة الملك ولو ترك المعتق مالا وترك ابا وابنا كان لابيه سدس ماله والباقى لابنه فكذا اذا ترك ولاء والجواب انه وان كان اثر الملك لكنه ليس بمال ولاله حكم المال كالقصاص الذى يجوز الاعتياض عنه بالمال فلايجرى فيه سهام الورثة بالفرضية كما فى المال بل هو سبب يورث به بطريق العصوبة فيعتبر الاقرب فالاقرب ولو ترك المعتق ابن المعتق وجده فالولاء كله للابن بالاتفاق ولو ترك جد المعتق واخاه فالولاء للجد عند الامام وعندهما الولاء بينهما نصفان (وعند استواء القرب) كما اذا ترك المعتق ابنى اخوى معتقه (تستوى القسمة) لاستواء الاستحقاق (وليس للنساء من الولاء الاما اعتقن اواعتق من اعتقن اوكاتبن اوكاتب من كاتبن الحديث) اى اقرأ الحديث الخ وآخره اودبرن اودبر من دبرن اوجر ولاء معتقهن اومعتق معتقهن وسيأتى تمامه فى الفرائض ان شاء الله تع وفى شرح الكنز للعينى هذا حديث منكر لا اصل له وانما المروى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم فاخرج البيهقى عن على وابن مسعود وزيد بن ثابت رضى الله عنهم انهم لايرثون النساء من الولاء الاما اعتقن اواعتق من اعتقن وتمامه فيه فليطالع ثمة وفى الشمنى لومات المعتق ولم يترك الاابنة معتقه فلاشئ لها فى ظاهر الرواية وتوضع تركته فى بيت المال وافتى بعض المشايخ بدفع المال اليها لابطريق الارث بل لانها اقرب الناس الى الميت فكانت اولى من بيت المال وليس فى زماننا بيت المال انتهى وفى التنوير اذا ملك الذمى عبدا فاعتقه فولاؤه له كالنسب ولواعتق حربى فى دار الحرب عبدا حربيا لايعتق الاان يخلى سبيله فان خلاه عتق ولاولاء له وله ان يوالى من شاء ولودخل مسلم فى دار الحرب فاشترى عبدا ثمة واعتقه بالقول عتق ولوكان العبد مسلما فاعتقه مسلم اوحربى فى دار الاسلام فولاؤه له

* فصل *

(هذا الفصل لبيان ثانى نوعى الولاء كما فى الاصلاح وجه تأخيره عن ولاء العتاقة ظاهر (ولاء الموالاة سببه العقد) ولهذا يضاف الى الموالاة وهى العقد والاصل فى الاضافة اضافة المسبب الى السبب كما يضاف الولاء الى العتاقة لان سببه العتق (فلو اسلم عجمى) مجهول النسب وانما شرط كونه عجميا لان تناصر العرب بالقبائل فاغنى عن الولاء وانما شرطنا كونه مجهول النسب لان من عرف نسبه لايجوز ان يوالى غيره كما فى الدرر وغيره قال ابن كمال الوزير واما كونه مجهول النسب فليس بشرط وفى شرح المجمع لابن الملك وهو المختار (على يد رجل ووالاه) بان قال انت مولاى ترثنى اذامت وتعقل عنى اذا جنيت فيقبل الاخر فذلك عقد صحيح واشار اليه بقوله (على ان يرثه) اى الرجل اذا مات هو (وان يعقل) الرجل (عنه) اى عن الذى اسلم على يده اى يؤدى الجناية عنه اذا جنى (اووالى غير من اسلم على يده) معناه انه اسلم على يد رجل ووالى غيره (صح) هذا العقد (ان لم يكن معتقا) فانه اذا كان معتقا لم يصح عقد الموالاة لقوة ولاء العتاقة وكذا يصح لووالى صبى عاقل باذن ابيه اووصيه لان الصبى من اهل ان يثبت له ولاء العتاقة اذا ثبت سببه بان ملك قريبه اوكاتب ابوه اووصيه عبده وعتق كان ولاؤه له فجاز ان يثبت له ولاء الموالاة اذا صدر عنه عقدها بالاذن كما لووالى العبد باذن سيده آخر فانه يكون وكيلا من سيده بعقد الموالاة (و) اذا صح يكون (عقله) اى جنايته (عليه) اى على المولى الذى اسلم على يده ووالاه اوالذى والاه وكان قد اسلم على يد غيره (وارثه له) اى ميراثه للذى والاه اذا مات (ان لم يكن له وارث) من النسب (وهو) اى القابل للموالاة (مؤخر عن ذوى الارحام) لان ذوى الارحام يرثون بالقرابة وهى اقوى وآكد من الولاء لانها لاتقبل النقض والولاء يقبله بخلاف الزوجين حيث يرث معهما لانهما بعد الموت كالاجانب ولهذا لايرد عليهما فاذا اخذ حقهما صار الباقى خاليا عن الوارث فيكون لمولى الموالاة وعند الائمة الثلاثة لايصح عقد الموالاة اصلا ويوضع ماله فى بيت المال لان سبب الارث الفرض والتعصيب ولهذا لاميراث لذوى الارحام عندهم

ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم الخ ونقل عن ائمة التفسير ان المراد الصفقة لا القسم اذ العادة ان يأخذ
كل واحد من المتعاقدين بيمين صاحبه عند العقد (ومالم يعقل عنه) اوعن ولده (فله) اى لمن والى (ان يفسخه)
اى ولاء الموالاة بغير رضاء صاحبه (قولا) بان قال فسخت عقد الموالاة معك لانه عقد تبرع فلا يكون لازما (بحضرته)
اى بحضرة صاحبه لانه عقد واقع منهما فلا يفسخه احدهما الا بحضرة صاحبه كالمضاربة والشركة (وفعلا
مع غيبته) اى غيبة صاحبه (بان ينتقل عنه الى غيره) بان والى رجلا آخر فيكون فسخا للعقد مع الاول ولا يلزم من ذلك
حضور صاحبه لثبوت الانفساخ فى ضمن العقد الثانى مع الاخر فصار كالعزل الحكمى فى الوكالة وكل من الفسخين
مالم يعقل عنه (وبعد ان عقل) الاعلى (عنه اوعن ولده لا يفسخه) اى عقد الموالاة (هو) اى الاسفل (ولا ولده) لتعلق
حق الغير به ولحصول المقصود به ولاتصال القضاء به (وللاعلى ايضا) اى كالاسفل (ان يبرأ عن ولائه) اى الاسفل
(بمحضره) اى الاسفل لعدم اللزوم الا انه يشترط فى هذا ان يكون بمحضر من الاخر (ولو اسلمت امرأة فوالت) رجلا
بشروطها (او اقرت بالولاء) اى اقرت انها موالاة لفلان (فولدت) ولدا (مجهول النسب) اى لا يعرف له اب (او كان
معها ولد صغير كذلك) اى كان الصغير مجهول النسب كذلك صح اقرارها على نفسها (يتبعها فيه) اى تبع الولد امه
فى الولاء و يصيران مولى فلان عند الامام (خلافا لهما) اى قالا لا يتبعها ولدها فى الصورتين لان الام لا ولاية لها
على مال الصغير فلا يكون لها ولاية على نفسه وله ان الولاء بمنزلة النسب فيكون نفعا محضا فى حق الصغير المجهول
النسب فتملكه الام كقبول الهبة ولو اقر رجل انه معتق فلان فكذبه المقر فى الولاء اصلا اوقال لا بل والبتى
فاقر المقر لغيره والولاء لا يصح عند الامام وعندهما يصح (* كتاب الاكراه *) قيل الموالاة تغير حال المولى الاعلى عن
حرمة اكل مال المولى الاسفل بعد موته الى حله كما ان الاكراه تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسبا ان
يذكر الاكراه عقيب الموالاة (هو) لغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر يكرهه والكره بالفتح اسم منه (فعل يوقعه
الانسان بغيره يفوت به) اى بذلك الفعل (رضاه) اى رضاء ذلك الغير فقط بدون فساد اختياره كالحبس مثلا (او يفسد
اختياره) مع تحقق عدم الرضاء ايضا كالتهديد بالقتل مثلا وفى الدرر ان عدم الرضاء معتبر فى جميع صور الاكراه
واصل الاختيار ثابت فى جميع صوره لكن فى بعض الصور يفسد الاختيار وفى بعضها لا يفسده اقول هذا هو المسطور
فى كتب الاصول والفروع حتى قال صدر الشريعة فى التنقيح وهو اما ملجئ بان يكون بفوت النفس او العضو وهذا
معدم للرضاء مفسد للاختيار واما غير ملجئ بان يكون بحبس اوقيد اوضرب وهذا معدم للرضاء غير مفسد
للاختيار فلا يصح ماقال فى الوقاية وهو فعل يوقعه بغيره فيفوت به رضاه او يفسد اختياره فان فيه جعل
قسم الشئ قسيما له انتهى لكن يمكن دفعه بان القسم الاول الرضاء فقط والقسم الثانى الرضاء مع الاختيار وقال
فى الاصلاح وهذا ظاهر بقرينة المقابلة فمن وهم ان فيه جعل قسم الشئ قسيما له فقد وهم وفى القهستانى ان الاكراه
لم يتحقق مع الرضاء وهذا صحيح قياسا واما استحسانا فلا لانه لو هدد بحبس ابيه او ابنه او اخيه او امه او زوجته
او واحد من محارمه ولاداكبيع اوهبة اوغيره كان اكراها استحسانا فلا ينفذ شئ من هذه التصرفات وينفذ
قياسا لان هذا ليس باكراه حقيقة (مع بقاء اهليته) اى الاكراه بقسميه الصحيح الاختيار وفاسده لا ينافى اهلية
الوجوب والاداء لانها ثابتة بالذمة والعقل والبلوغ والاكراه لا يخل بشئ منها الا ترى انه متردد بين فرض
وخطر ورخصة ومرة يأثم ومرة يثاب كما فى القهستانى (وشرطه) اى شرط الاكراه مطلقا اربعة الاول
(قدرة المكره) بكسر الراء (على ايقاع ماهدد به سلطانا كان اولصا) هذا عندهما لان كل متغلب قادر على الايقاع
وعند الامام لا اكراه الا من السلطان لان القدرة لا تكون بلا منعة والمنعة للسلطان قالوا هذا اختلاف
عصر وزمان لا اختلاف حجة و برهان لان زمان الامام لم يكن فيه لغير السلطان من القدرة ما يتحقق منه الاكراه
وزمانهما كان فيه ذلك فيتحقق الاكراه من كل متغلب لفساد زمانهما والفتوى على قولهما كما سيأتى وفى البزازية
الزوج سلطان زوجته فيتحقق منه الاكراه ولم يذكر الخلاف وسوق اللفظ يدل على انه على الوفاق وفى المنح تفصيل
فليطالع وفى الظهيرية ان مجرد الامر من السلطان اكراه من غير تهديد (و) الثانى (خوف المكره) بالفتح (وقوع ذلك)
اى ماهدد به الحامل بان ظن انه يوقعه والحامل اعم ان يكون حقيقيا كما اذا كان حاضرا او حكميا كما اذا كان غائبا ورسوله
حاضر خاف الفاعل منه خوف المرسل واما اذا غاب الرسول ايضا فلا اكراه كما سيأتى (و) الثالث (كونه) اى كون المكره
ممتنعا قبله) اى قبل الاكراه (عن فعل ما اكره عليه) وفى القهستانى اذا لو لم يمتنع عنه لم يكن اكراها لفوات ركنه
وهو فوت الرضاء كما اشير اليه فى الاختيار وفيه دلالة على ان هذا الشرط مستدرك (لحقه) اى لحق نفسه كبيع ماله
او اتلافه بلا عوض او اعتاق عبده ولو بمال او اجر اخروى (او لحق) شخص (آخر) كاتلاف مال آخر (او لحق الشرع)

كتاب الاكراه

بمنع القاضى عن التصرف شفقة له وهو قول الائمة الثلاثة كما فى اكثر المعتبرات لكن المص لم يذكر الاختلاف فى المتن
بل اتى بصورة الاتفاق اكتفاء بذكر الخلاف فى حكم السفيه للمشاركة فى اتلاف المال اولعدم اعتناء قولهما فى هذه
المسئلة تتبع (ولا) يحجر (على مديون) وان طلب الحجر غرماؤه عند الامام لان المنع عن التصرف بطلب الغرماء يبطل
اهليته والحاقه بالبهائم وهو شنيع لا يرتكب لدفع ضرر خاص (ولا يبيع القاضى ماله) اى مال المديون (فيه) اى فى الدين
لان تصرف الحاكم فيه حجر عليه ولان البيع لا يجوز الا بالتراضى بالنص فيكون باطلا (بل يحبسه) اى القاضى لبيع
ماله (ابدا حتى يبيعه) اى المال (هو) اى المديون (بنفسه) فيكون الحبس لقضاء الدين لا لاجل البيع لان
قضاء الدين بالبيع ليس بطريق متعين بل يكون بالاستيهاب والاستقراض والصدقة من الناس الا ان قدرته
على القضاء ببيع ماله الموجود اظهر من قدرته عليه بالاستقراض وغيره وسبب الحبس المماطلة والظلم بتأخير
القضاء الواجب وامتناعه مع القدرة عليه (فان كان) والاولى بالواو (ماله) اى مال المديون (من جنس دينه)
كالدراهم (اداه) اى الدين (الحاكم منه) اى من جنس الدراهم بالاجماع لان للداين الاخذ بلا رضاء المديون
عند المجانسة فالقاضى اذا قضى دينه لا يلزم حجره عند الامام لان قضاء الدين من القاضى اعانة (ويبيع احد
النقدين بالاخر استحسانا) بالاجماع وفى القياس لا يبيع الدراهم للدنانير ولا الدنانير للدراهم للاختلاف
فى الصورة ولا يأخذ رب الدين جبرا وجه الاستحسان الاتحاد فى الثمنية ولذا يضم احدهما الى الاخر فى الزكوة
(وعندهما) والائمة الثلاثة (يحجر عليه) اى على المديون (ان طلب غرماؤه) الحجر عليه (ويمنع من
التصرف) الذى يضر بالغرماء (و) يمنع من (الاقرار) اى اقرار الدين بغيرهم حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر
على السفيه انما جوزاه نظرا له وفى هذه الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى
قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم
فلا يمنع منه كما فى الهداية (ويبيع الحاكم ماله) اى مال المديون الحاضر ليؤدى الدين من ثمنه لانه لو كان
غائبا لا يبيع ماله اتفاقا (ان امتنع) من بيعه (ويقسمه) اى يقسم ثمنه (بين غرمائه بالحصص) اذ الايفاء حق عليه فباباته
ناب عنه الحاكم كجب فان المجبوب اذا امتنع عن مفارقة فرق الحاكم بينهما والاصل ان من امتنع عن ايفاء حق
مستحق عليه وهو مما يجرى فيه النيابة ناب القاضى منابه كذمى اسلم عبده فابى ان يبيعه باعه القاضى عليه
(وان اقر حال حجره) بمال (لزمه) ذلك المال (بعد قضاء ديونه لا فى الحال) لان المديون لما حجر للغرماء تعلق حقهم
بما فى يده فلا يملك ابطاله بالاقرار لغيرهم مع ان الاقرار امر مشاهد فيحتمل ان يكون كاذبا فلا يزاحم لكن
ينفذ اقراره على نفسه وفيه اشارة الى انه لو استفاد مالا اخر بعد الحجر نفذ اقراره وتبرعاته فيه لان حقهم تعلق
بالمال القائم لا بالمستفاد والى انه لو استهلك مالا لغيرهم فله ان يشاركهم فيما فى يده لانه مشاهد وكذا لو تزوج
امرأة بمهر مثلها وكذا لو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضى بعلمه او بشهادة الشهود فله ان يشاركهم
فيه (وينفق من مال المفلس عليه وعلى من تلزمه نفقته) كاولاده الصغار وزوجته وذوى ارحامه لان حاجته الاصلية
مقدمة على الغرماء (والفتوى على قولهما فى بيع ماله لامتناعه) عن البيع كما فى الاختيار (وتباع النقود) جملة
مستأنفة استينافا بيانيا كان قائلا قال اذا كان الفتوى على قولهما فى بيع ماله فاى ماله يباع اولا فاجاب بقوله
وتباع النقود اولا (ثم) تباع (العروض ثم العقار) وقيل يبدأ القاضى ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ثم
مالا يخشى التلف منه ثم بيع العقار فالحاصل ان القاضى نصب ناظرا فينبغى له ان ينظر للمدين كما ينظر للداين
فيبيع ما كان انظر اليه ويبيع ما يخشى عليه التلف انظر له (ويترك له) اى للمديون (دست من ثياب) بدنه ويباع
الباقى لان به كفاية (وقيل) يترك له (دستان) لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس وقالوا اذا كان للمدين ثياب
يلبسها ويكتفى بدون ذلك فانه يبيع ثيابه فيقضى الدين ببعض ثمنها ويشترى بما بقى ثوبا يلبسه لان قضاء الدين
فرض عليه وكان اولى من التجمل وعلى هذا اذا كان له مسكن ويمكنه ان يجتزى بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن
ويقضى ببعض ثمن الدين ويشترى بالباقى مسكنا يكفيه كما فى التبيين (ومن افلس وعنده متاع رجل شراه منه)
اى من الرجل فقبضه من البايع بعد الشراء باذنه والمتاع قائم بيده (فرب المتاع اسوة الغرماء فيه) اى فى المتاع
فيبيع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص اذا كان الدين كله حالا واما اذا كان الدين بعضه حالا فيقسم بين غرماء
الحال ثم بعد انقضاء الاجل شاركهم فيما قبضوه بالحصص كما فى القهستانى قيدنا القبض بعد الشراء بالاذن
لانه ان افلس قبل قبضه او بعده بغير اذن بايعه كان للبايع استرداده وحبس المبيع بالثمن وقال الشافعى البايع
اولى سواء كان قبل القبض وبعده (* فصل فى بيان احكام البلوغ *) (يحكم ببلوغ الغلام بالاحتلام والانزال

اوالاحبال) اى يجعل المرأة حبلى (و بلوغ الجارية بالحيض اوالاحتلام اوالحبل) بفتحتين وذا لايكون بلا انزال منها ولذا لم يذكر الانزال فى الجارية قيل وجه عدم الذكر فيها انه امر باطنى لايعلم منها كما يعلم من الصبى وفى الدرر والاصل ان البلوغ يكون بالانزال حقيقة ولكن غيره مما ذكر لايكون الامع الانزال فجعل كل واحد علامة على البلوغ وفى التسهيل فعلى هذا ينبغى ان يكون المراد بالاحتلام هو الاحتلام مع الانزال فح يغنى ذكر الانزال عن ذكر الاحتلام وفى الفرائد فى عدم كون الحيض الامع الانزال كلام تدبر انتهى لكن يمكن ان الحيض لايوجد الامن يحبل عادة وذا يكون بعد الانزال (فان لم يوجد شئ من ذلك) اى من اسباب الحكم ببلوغهما (فاذاتم له) اى للغلام (ثمانى عشر سنة) يحكم ببلوغه (و) اذاتم (لها سبع عشرة سنة) يحكم ببلوغهما عند الامام لقوله تع ولاتقربوا مال اليتيم الابالتى هى احسن حتى يبلغ اشده واشد الغلام على ماقاله ابن عباس رضى الله عنهما وتبعه ثمانى عشرة سنة وقيل اثنان وعشرون وقيل خمس وعشرون فوجب ان يدور الحكم على القول الاول للاحتياط الاان الجارية اسرع بلوغها من الغلام ففرقنا بينهما بسنة (وعندهما) والائمة الثلاثة (اذاتم خمس عشرة سنة فيهما) اى فى الغلام والجارية (وهو رواية عن الامام وبه يفتى) لان علامة البلوغ لاتتأخر عن هذه المدة فيهما غالبا (وادنى مدته) اى مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه (له) اى للغلام (اثنتا عشرة سنة ولها) اى للجارية ادنى المدة (تسع سنين) كذا ذكروا ولايعرف ذلك الاسماعا او بالتتبع (واذا راهقا) اى قربا بالبلوغ (وقالا قد بلغنا صدقا) فى دعواهما ان لم يكذبهما الظ لما فى الخانية صبى اقرانه بالغ وقاسم وصى الميت قال ابو بكر محمد بن الفضل ان كان الصبى مراهقا قبل قوله وتجوز قسمته وان لم يكن مراهقا ويعلم ان مثله لايحتلم لاتجوز قسمته ولايقبل قوله لانه يكذب ظاهرا وتبين بهذا ان بعد ثنتى عشرة سنة اذا كان بحال لايحتلم مثله اذا اقر بالبلوغ لايقبل قوله (وكانا) اى الغلام والجارية (كالبالغ حكما) اى احكامهما حكم البالغين لانه امر لايوقف عليه الامن جهتهما فيقبل فيه قولهما بالضرورة

كتاب المأذون

(* كتاب المأذون *) ايراد المأذون بعد الحجر ظ المناسبة اذ الاذن يقتضى سبق الحجر وفى اللغة عبارة عن الاعلام وفى الشرع (الاذن فك الحجر) الثابت شرعا (واسقاط الحق) مطلقا سواء كان حق الصبى اوالمعتوه اوحق مولى عبد وقد ذهب البعض الى تخصيص الاسقاط بحق مولى العبد هنا وهو التصرف والخدمة لمولاه اذ هذا الحق يمنع تصرف العبد لنفسه فاذا اسقط المولى حقه هذا يقدر العبد الى الاكتساب بالاضافة الى نفسه ليتعلق حق من يعامله بذمته ولايقدر الى دفع بدمولاه عما اكتسبه كالحر فيأخذ من كسب عبده كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ وفى الدرر والاذن نوعان احدهما اذن العبد وهو فك الحجر بالرق الثابت شرعا على العبد واسقاط الحق فيتصرف العبد لنفسه باهليته والنوع الثانى اذن الصبى والمعتوه وهو فك الحجر واثبات الولاية لهما (ثم يتصرف العبد) بعد ذلك لنفسه (باهليته) القديمة فقوله ثم يتصرف عطف على محذوف فان قوله الاذن فك الحجر معناه اذا اذن المولى ينفك الحجر عن العبد فعطف على قوله ينفك قوله ثم يتصرف العبد فقوله واسقاط الحق كالتفسير لقوله فك الحجر (فلا تلزم) تفريع على كون تصرف العبد لنفسه باهليته (سيده عهدته) اى عهدة التصرف كما اذا اشترى شيئا ولم يؤد ثمنه يطلب منه الثمن ولم يرجع على سيده لانه اشترى لنفسه لالسيده والوكيل عكس هذا اذ الثمن يطلب من الموكل لا من الوكيل (ولايتوقت) الاذن بزمان ولامكان (فلواذن له) اى للعبد (يوما) ونحوه من اليوم المعين والليل والشهر والسنة اومكانا (فهو مأذون دائما الى ان يحجر عليه) لان الاسقاطات لاتتوقت فان قيل ينبغى ان لايكون له ولاية الحجر لان الساقط لايعود قلت بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق فكان فى الحجر امتناع عن الاسقاط فيما يستقبل الا ان الساقط يعود وفيه اشعار بان تعلق الاذن بالشرط جائز كاضافته الى المستقبل كما فى القهستانى (ولايتخصص) بنوع من التجارة (فاذا اذن فى نوع من التجارة كان مأذونا فى سائر الانواع) حتى لواذن بشراء الخز ونهى عن شراء البز كان اذنا بشراء البز وغيره وان لم يكن العبد مهتديا الى التصرف فى غير الخز والسيد عالم به فان قلت انه ازال الحجر فى حق تصرف خاص قلت نعم الاانه يوجب الرضاء بتعطيل منافعه مطلقا والتخصيص لغو كما فى القهستانى وقال زفر الاذن عبارة عن توكيل وانابة فيتقيد بما قيده به المولى وبه قال الشافعى واحمد (ويثبت) الاذن (صريحا) كما اذا قال لعبده اذنت لك فى التجارة (ودلالة بان رأى عبده يبيع ويشترى فسكت) ولم يمنعه منه فسكوته اذن له فى التجارة بخلاف سكوت القاضى فانه ليس باذن لكن لايكون مأذونا فى ذلك الشئ لانه وسيلة الاذن ووسيلة الشئ خارج من ذلك الشئ (سواء كان البيع للمولى اولغيره بامره او بغير امره) بيعا (صحيحا او) بيعا (فاسدا) وفى التبيين هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيخان فى فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان المالك فسكت لم يكن اذنا

وكذا

(ولو اكره على ان يتردى) اى يسقط (من جبل ففعل) اى تردى (فديته على عاقلة المكره) لانه لو باشر لايجب عليه القصاص لانه فى معنى القتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقلة فكذا اذا اكره عليه وهذا عند الامام (وعند ابى يوسف) تجب الدية (فى ماله) اى فى مال المكره لما مران القتل الحاصل بالاكراه لايوجب القصاص عنده (وعند محمد عليه) اى على المكره (القصاص) لان القتل بالمثقل كالقتل بالسيف عنده فيجب القصاص (ولواكره بقتل على تردى) اى على سقوط من مكان عال (او اقتحام نار) اى لو اكره بقتل على ادخال نفسه فى نار (او ماء وكل) اى كل واحد من هذه الثلثة (مهلك فله) اى للمكره (الخيار فى الاقدام) عليه (والصبر) عند الامام لانه ابتلى بليتين متساويتين فى الافضاء الى الاهلاك فيختار ماهو الاهون فى زعمه (وقالا يلزمه الصبر) اى يصبر ولايفعل ذلك لان مباشرة الفعل سعى فى اهلاك نفسه فيصير تحاميا عنه ثم اذا القى نفسه فعلى المكره قصاص لانه مضطر الى الالقاء وعندهما الاقصاص لانه مختار فى القاء نفسه قيد بالقتل لانه لو اكره بالعصا ليس له الاقدام اتفاقا وقيد بقوله كل مهلك لانه لولم يكن كذلك كان له الاقدام اتفاقا كما فى شرح المجمع (ولو وقعت نار فى سفينة) فكان بحيث (ان صبر احترق وان القى نفسه فى الماء غرق فله) اى لمن ابتلى به (الخيار) بين الصبر والالقاء (عند الامام وعند محمد يلزمه الثبات) وعن ابى يوسف روايتان مع الامام فى رواية ومع محمد فى رواية وعلة الطرفين قد مرت قبله واصل هذه المسئلة فى السير الكبير ذكره ابن الساعاتى (وان اكره على طلاق) امرأته (او اعتاق) عبده (او توكيل بهما) اى بالطلاق والاعتاق (ففعل) اى اعتق عبده او طلق امرأته ووكل بهما فاعتق الوكيل او طلق (نفذ) لان الاكراه لاينافى الاهلية خلافا للائمة الثلثة والقياس ان لاتصح الوكالة لانها تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع وامثاله وجه الاستحسان ان الاكراه لايمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة لاتؤثر لكونها من الاسقاطات فاذا لم يبطل فقد نفذ تصرف الوكيل فعلى هذا ما وقع فى الفوائد الزينية من انه لو اكره على الطلاق وقع الا اذا اكره على التوكيل به فوكل يجرى على القياس لاعلى الاستحسان تدبر (ويرجع) المكره (بقيمة العبد) المعتق (على المكره) بالكسر فى صورة الاعتاق لانه يصلح آلة للحامل نظرا الى الاتلاف لا الى تكلمه لان كلامه بالاعتاق لايصلح آلة للحامل بل يضاف اليه ولذا يكون الولاء للمكره لا للحامل فيضمنه لاتلافه واخراجه عن ملكه سواء كان موسرا او معسرا لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار ولاسعاية على العبد ولايرجع المكره على العبد لان الضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره قيل هذا اذا كان العتق بالقول اما اذا كان بالفعل كما اذا اشترى ذا رحم محرم لايرجع المكره بالقيمة لحصول العوض وهو صلة الرحم وفى التجريد ومن اكره على شراء ذى رحم محرم منه بعشرة آلاف وقيمته الف او كان المشترى جعله حرا ان ملكه ففعل فهو حر وعلى المشترى قيمته الف وبطلت الزيادة ولايرجع على الذى اكرهه بشئ (وكذا) يرجع المكره على المكره فى صورة التطليق (نصف المهر) اذا سمى او يرجع على المكره بما لزمه من المتعة اذا لم يسم (لو كان قبل الدخول) لان المكره يصلح آلة للحامل فى اتلاف المال لا فى ايقاع الطلاق لان ما عليه من المهر او المتعة كان على شرف بوقوع الفرقة من جهتها كالارتداد او تقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك بالطلاق كرها وكان هذا تقريرا للمال فيضاف التقرير الى الحامل فكان متلفا له فيرجع الزوج عليه (ولارجوع) عليه (لو) كان الطلاق (بعده) اى بعد الدخول لان المهر هنا تقرر بالدخول لا بالطلاق والدخول ليس بصنع من المكره وفى الجواهر لوقال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فاكره على الدخول عتق ولم يضمن المكره شيئا وكذا لو اكره على ان يتزوج امرأة قد كان جعلها طالقا ان تزوجها فتزوجها وغرم نصف المهر لم يرجع على من اكرهه بشئ ولو اكره على ان يجعل كل مملوك يملكه فيما يستقبل حرا ففعل ثم ملك مملوكا بهبة او صدقة او شراء عتق عليه ولم يغرم الذى اكرهه شيئا ولو ورث مملوكا ضمن الذى اكرهه قيمته استحسانا (وصح يمين المكره) بشئ من الطاعات او المعاصى وصح (نذره) اى نذر المكره بكل طاعة كالصوم والصدقة والعتق وغيرها (و) صح (ظهاره) اى ظهار المكره وهو تشبيه امرأته بظهر امه فيحرم عليه قربانها حتى يكفر لان كل واحد منها لايحتمل الفسخ فلا يتأتى فيه الاكراه (ولا يرجع) المكره على الحامل فى الصور الثلث (بما غرم بسبب ذلك) اذ لامطالب له فى الدنيا (و) صح (رجعته) اى لو اكره ان يراجع امرأته فراجعها صح لانها استدامة النكاح (وايلاؤه) بان حلف ان لا يقرب امرأته (وفيئه) اى باللسان (فيه) اى فى الايلاء لانه كالرجعة لان كل ما ينفذ مع الهزل ينفذ مع الاكراه (و) كذا يصح (اسلامه) اى اذا اسلم مكرها يحكم عليه بالاسلام لانه لما احتمل رجحنا الاسلام احتياطا لانه يعلو ولايعلى كما فى اكثر المعتبرات فبهذا علم ان ما فى الخانية من ان اسلام المكره اسلام عندنا ان كان حربيا وان كان ذميا لايكون اسلاما محمول على جواب القياس لانه يصح فى الاستحسان كما فى المتن (لكن لاقتل فيه لو ارتد) بعد الاسلام مكرها لان فى اسلامه

شبهة دارئة للقتل ونظيره السكران فان اسلامه صحيح وكفره لايصح ولايحكم بردته لعدم القصد كما فى شرح الكنز
(ولايصح ابراؤه) اى ابراء المكره دينه عن مديونه اوعن كفيل مديونه لكونهما مما يحتمل الفسخ كالبيع فالفاعل
بعد زوال الكره يصير مخيرا وكذا لواكره الشفيع على ان يسكت عن طلب الشفعة فسكت لاتبطل شفعته (ولا) تصح
(ردته) لما مر من الرخصة فى اظهار الكفر اذا اكره بالملجئ (فلاتبين بها) اى بهذه الردة (امرأته) لعدم الحكم بردته وانما
قيدنا اذا اكره بالملجئ لانه لواكره بغيره فقد صحت ردته فتبين امرأته (فان ادعت) المرأة (تحقق ما اظهره وادعى) المكره
(ان قلبه مطمئن بالايمان صدق) استحسانا والقياس ان يكون القول قولها فيفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب للبينونة
بها فيستوى فيها الطايع والمكره كلفظة الطلاق وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع
باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغيره فلاتقع الفرقة كما فى شرح الكنز (ولواكره على الزنا ففعل)
المكره (حد مالم يكرهه السلطان) لما مر ان الاكراه لايتحقق من غيره عند الامام فالزنا لايوجد مع الاكراه (وعندهما
لاحد عليه) لما مر ان الاكراه يتحقق من السلطان وغيره فلايحد فى صورتين (وبه) اى بقول الامامين (يفتى)
اذ ليس فيه اختلاف يظهر فى حق الحجة فان حكم الاكراه لاخلاف فيه وانما النظر فى ان يقع من غير سلطان
اولا فان وقع من غيره اكراه ملجئ كما فى زماننا يجرى على حكمه بلا نكير وقال زفر يحد لان انتشار الالة دليل
الطواعية ولنا ان انتشار الالة قد يكون طبعا لاطوعا كما فى النائم والصبى كما فى بعض المعتبرات فعلى هذا
اندفع ماقال صاحب الاصلاح من ان مدار الجواب هنا ليس على ذلك الاصل الخلافى كما ذهب اليه كثير
من الناظرين فى هذه المسئلة بل على اصل اخر قرره الزاهدى حيث قال ان الاكراه لايتصور فى الزنا لان الوطئ
لايحصل الابانتشار الالة والاكراه لايتصور فى الانتشار فكان طوعا فيجب الحد الاان يكرهه السلطان لان
اقامة الحد اليه وهو الذى حمله عليه انتهى لانه ليس على اصل معتبر بل على قول زفر كما فى شرح الوقاية
لابن الشيخ وفى التنوير اكره القاضى ليقر بسرقة اوقتل رجل بعمد او بقطع يد رجل بعمد فاقر بذلك فقطعت
يده اوقتل ان كان المقر موصوفا بالصلاح اقتص من القاضى وان متهما بالسرقة معروفا بها وبالقتل لايقتص
من القاضى استحسانا لوجود الشبهة صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباعه صح والحيلة له فيه من اين
اعطى ولامال لى فاذا قال الظالم بع جاريتك وقد صار مكرها على بيع الجارية فلاينفذ بيعها المكره باخذ المال
لايضمن باخذه اذا نوى وقت الاخذ انه برده على صاحبه والايضمن وان اختلفا فى النية فالقول للمكره مع يمينه

كتاب الحجر

) كتاب الحجر (المناسبة بين الكتابين ان كل واحد منهما من العوارض التى تزيل سبب الولاية والرضاء
وسبب تأخير هذا الكتاب عن الاكراه لان ماتقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه (هو) فى اللغة المنع مطلقا
اى منع كان ومنه سمى الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة ومنه سمى العقل حجرا لانه يمنع القبايح ومنه قوله تعالى
هل فى ذلك قسم لذى حجر اى لذى عقل وفى العرف عبارة عن منع حكمى كالنهى الاان التصرف فى الحجر
لايفيد الملك بحال فى البيع وفى النهى يفيده بعد القبض كما فى البيع الفاسد فهذا فرق بين الحجر والنهى من حيث
الحكم وكذا يفرق من حيث الماهية لان الحجر هو المنع لحق الغير والنهى هو المنع لحق الشرع وفى الشرع
(منع نفاذ تصرف قولى) لان الحجر فى الحكميات دون الحسيات ونفوذ القول حكمى الا ترى انه يرد ولايقبل
والفعل حسى لايمكن رده اذا وقع فلايتصور الحجر عنه وهو المراد بقوله هو منع نفاذ تصرف قولى (واسبابه)
اى الحجر (الصغر) بان يكون غير بالغ فان كان غير مميز كان عديم العقل وان كان مميزا فعقله ناقص فالضرر
محتمل واذا اذن له الولى صح تصرفه لترجح جانب المصلحة (والجنون) وفى الدرر فان عدم الافاقة كان
عديم العقل كصبى غير مميز وان وجدت فى بعض الاوقات كان ناقص العقل كصبى عاقل فى تصرفاته واما المعتوه
فاختلفوا فى تفسيره واحسن ماقيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لايضرب
ولايشتم كما يفعل المجنون (والرق) ليس بسبب الحجر فى الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل الرأى كالحر غير انه
ومافى يده ملك المولى فلايجوز ان يتصرف لاجل حقه فان اذن المولى رضى بفوات حقه اعلم انه تعالى شرف
البشر على الانعام بالعقل وركب فيهم الهوى والعقل وجعل فى الملائكة العقل دون الهوى وفى البهايم الهوى
دون العقل فمن غلب عقله على هواه كان افضل خلقة لمايقاسى من مخالفة الهوى ومن غلب هواه على عقله
كان اردى من البهايم قال الله تعالى اولئك كالانعام بل هم اضل فجعل بعضهم ذوى النهى حتى كان بعضهم
ائمة الهدى ومصابيح الدجى وابتلى بعضهم بالردى كالجنون والعته والصغر وجعل تصرف الصغير والمعتوه
ضررا فذا بالحجر عليهما كيلا يتعلق بهم الضرر باحتيال بعض من يعاملهما وجعل الصبى والمجنون سببا الحجر

عليهما كل ذلك رحمة منه واطفا كما فى التبيين ثم فرع عليه بقوله (فلايصح تصرف صبى اوعبد بلا اذن ولى اوسيد) لما قررنا
قبله هذا لف ونشر مرتب فلوقال وسيد بالواو لكان اولى (ولا يصح تصرف المجنون المغلوب بحال) ولو اجازه الولى
لعدم عقله قيد بالمغلوب اى المستغرق لانه ان كان يجن تارة ويفيق اخرى فهو حال افاقته كالعاقل (ومن عقد
منهم) اى من هؤلاء المحجورين (وهو يعقله) اى يعقل العقد (فوليه مخير بين ان يجيزه) اى العقد (او يفسخه)
لانه اذا كان بهذه الصفة يحتمل ان يكون فى عقده مصلحة فيجيزه الولى اوالمولى ان رأى فيه ذلك كعقد الاجنبى
وعند الائمة الثلثة لاتصح اجازته (ومن اتلف منهم) اى من المحجورين (شيئا فعليه) اى على من اتلف (ضمانه) بالاجماع
لانهم غير محجورين عليهم فى الافعال (ولايصح طلاق الصبى او المجنون) ولوقال والمجنون بالواو لكان اولى (ولا) يصح
(اعتاقهما) لقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلث عن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وظاهره يقتضى ان لايتعلق
باقوالهما حكم وكذلك لايقع طلاقهما ولااعتاقهما (ولا اقرارهما) لنقصان عقلهما اوعدمه (وصح طلاق العبد)
لقوله عليه السلام لايملك العبد والمكاتب الا الطلاق (و) صح (اقراره) اى اقرار العبد (فى حق نفسه) لكونه مكلفا
واهلا (لافى حق سيده) لعدم ولاية العبد عليه ثم فرع عليه بقوله (فلواقر) اى العبد المحجور (بمال لزمه بعد عتقه) لانه اقرار
على غيره وهو المولى لماانه ومافى يده ملك المولى فاذا اعتق زال المانع هذا اذا اقر المولى واما اذا اقر له به فلايلزمه شئ
وفى الخانية ولو ان صبيا سفيها محجورا استقرض مالا فيعطى صداق المرأة صح استقراضه فان لم يعطه المرأة
وصرف المال فى بعض حوائجه لايؤاخذ به لافى الحال ولابعد البلوغ لانه ليس من اهل الالتزام بخلاف العبد المحجور
فانه يؤاخذ به بعد العتق لانه اهل الالتزام (وان) اقر العبد المحجور (بحد اوقود لزمه فى الحال) لانه مبقى على اصل الحرية
والادمية فى ايجاب الحد عليه وفى حق الدم ولهذا لايجوز اقرار المولى عليه فى الحد والقصاص (ولايحجر على السفيه)
اى لايحجر حر عاقل بالغ عن التصرف بسبب سفه هو اتلاف مال بلا مصلحة لخفة عقله عند الامام لانه لايرى الحجر
على الحر البالغ العاقل بسبب السفه والدين والغفلة (وان) وصلية (كان مبذرا) لانه مخاطب قادر على التصرف فابطال
قدرته يؤدى الى اهدار آدميته وهذا اضر من ضرر الاتلاف (وان بلغ غير رشيد) وهو لاينفق ماله فيما يحل ولايمسك عما
يحرم ويتصرف فيه بالتبذير والاسراف (لايسلم اليه ماله) بالاجماع ابقاء اثر الصبا فلو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لايمنع المال
عنه لانه ليس باثر الصبا (حتى يبلغ سنه خمسا وعشرين سنة فاذا بلغها دفع اليه) ماله عند الامام (وان) وصلية (لم يؤنس
رشده) لان هذا السن لاينفك عنه الرشد الا نادرا والحكم فى الشرع للغلبة (وان تصرف) السفيه (فيه) اى فى ماله
(قبل ذلك) اى قبل البلوغ الى خمس وعشرين (نفذ) تصرفه لعدم الحجر عنده كما ذكر (وعندهما) والائمة الثلثة (يحجر
على السفيه ولايدفع اليه ماله مالم يؤنس رشده ولايصح تصرفه) اى تصرف السفيه (فيه) اى فى ماله بسبب سفه
فى تصرفات لاتصح مع الهزل كالبيع والهبة والاجارة والصدقة ولايحجر عليه فى غيرها كالطلاق والعتاق ولاعن
الاسباب الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص اذ لايجرى الحجر فيها بالاجماع لقوله تعالى ولاتؤتوا السفهاء اموالكم
الى قوله فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم اذ الامر بالدفع عند ايناس الرشد فلايجوز الدفع قبل العلم بالرشد لان
علة المنع هى السفه فيبقى المنع مادامت العلة باقيا فلايكون للزمان دخل هنا وفى التنوير نقلا عن الخانية وبقولهما يفتى
ثم فرع بقوله (فان باع) المحجور (لاينفذ) بيعه لانه محجور عندهما وفائدة الحجر عدم النفاذ (وان) كان (فيه) اى فى بيعه
(مصلحة) بان كان بمثل القيمة اوكان رابحا وكان الثمن باقيا فى يده (اجازه الحاكم) وان كان الثمن اقل من القيمة
اوكان البيع خاسرا اولم يبق الثمن فى يده لم يجزه والحاصل ان تصرفه موقوف لاحتمال ان يكون فيه مصلحة
فاذا رأى الحاكم فيه مصلحة اجازه والا رده وان باع قبل حجر القاضى جاز عند ابى يوسف وعند محمد لايجوز (وان اعتق)
عبدا (نفذ) عتقه عندهما لان كل كلام لايؤثر فيه الهزل لايؤثر فيه السفه والعتق لايؤثر فيه الهزل فينفذ من السفيه
وعند الشافعى لاينفذ والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لاينفذ بعده شئ
من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لايصح من الرقيق فكذا من السفيه (وسعى العبد فى قيمته) اى اذا نفذ
عندهما فعلى العبدان يسعى فى قيمته عند محمد وهو قول ابى يوسف اولا لان الحجر لمعنى النظر وذلك فى رد العتق الا انه
متعذر فيجب رده برد القيمة كما فى الحجر على المريض وفى قوله الاخير وهو رواية عن محمد ليس عليه سعاية لانه
لووجب انما يجب حقا لمعتقه والسعاية ماعهد وجوبها فى الشرع الا لحق غير المعتق (ولودبر) عبده (صح) تدبيره
لانه يوجب حق العتق للمدبر فيعتبر بحقيقة العتق الا انه لاتجب السعاية مادام المولى حيا لانه باق على ملكه
(وان مات) المولى (قبل رشده) اى قبل ان يؤنس منه الرشد (سعى العبد فى قيمته مدبرا) لانه بموت المولى عتق ولانه
اعتقه فى حيوته فعليه السعاية فى قيمته مدبرا لان العتق لاقاه مدبرا كما لو اعتقه بعد التدبير وفى شرح الكنز للعينى

كشرب الخمر والزنا ونحوهما لان الاكراه لهذه الحقوق يعدم الرضاء لامتناعه قبل الاكراه (و) الرابع (كون المكروه به
متلفا نفسا او عضوا) من الاعضاء (او موجبا عما يعدم الرضاء) لان من كان شريفا يغتم بكلام خشن فيعد مثل هذا
فى حقه اكراها اذ هو اشد له من الم الضرب ومن كان رذيلا فلا يغتم بضرب مولم او بحبس شديد فلا يعد الضرب
مرة بسوط ولا الحبس ساعة بل يوما فى حقه اكراها لكون الاشخاص متفاوتا ولذا قيد بما يوجب الغم باعدام الرضاء
وفى المنح الاكراه بحق لا يعدم الاختيار شرعا كالعنين اذا اكرهه القاضى بالفرقة بعد مضى المدة الا ترى ان المديون
اذا اكرهه القاضى على بيع ماله نفذ بيعه والذمى اذا اسلم عبده فاجبر على بيعه نفذ بيعه بخلاف ما اذا اكرهه على البيع بغير
حق (فلو اكره على بيع) ماله (او شراء) سلعة (او اجارة) دار (او اقرار) اى على ان يقر لرجل بدين (بقتل) متعلق باكره
بان قال افعله والا اقتلك (او) اكره على هذه الاشياء بنحو (ضرب شديد او حبس مديد) او قيد مؤبد (خير) المكره بعد
زوال الاكراه عنه (بين الفسخ) اى فسخ العقد الصادر ويرجع عن الاقرار لانعدام الشرط هو الرضاء بالاكراه سواء
كان الاكراه ملجئا او غير ملجئ (والامضاء) لان العقد والاقرار يثبت الملك ولو باكراه ويمنع النفاذ الذى لا يكون فيه حق
الاسترداد للعاقد لان هذا النفاذ يتوقف على العقد بالطوع (ويملكه) اى المبيع (المشترى ملكا فاسدا ان قبضه)
اى اذا باع مكرها ثبت فيه الملك ان قبض المشترى المبيع عندنا وعند زفر والائمة الثلاثة لا يثبت لانه بيع موقوف
والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا انه فات شرطه وهو الرضاء بعد وجود الركن فصار كسائر الشروط المفسدة
فيثبت الملك وبعض المشايخ جعلوا بيع الوفاء كبيع المكره وصورته ان يقول البايع للمشترى بعت هذا العين منك بدين
لك على على انى متى قضيت دينى فهولى وبعضهم جعلوه رهنا لا يملكه المشترى ولا ينتفع به واى شئ اكل من زوايده يضمن
ويسترده عند قضاء الدين ولو استأجره البايع لا يلزمه الاجرة وسقط الدين بهلاكه وبعضهم جعلوه بيعا جائزا مفيدا
لبعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع وفى النهاية وعليه الفتوى وبعضهم جعلوه بيعا باطلا
وفى الكافى والصحيح ان العقد الجارى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ فى البيع
عند اداء الدين فسد وان لم يذكرا وتلفظا بلفظ البيع بالوفاء او تلفظا بالبيع الجائز والحال ان عندهما اى فى زعمهما
هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فانه يفسد حملا بزعمهما وان ذكرا البيع من غير شرط وذكرا الشرط على الوجه الميعاد
جاز البيع ويلزمه الوفاء بالميعاد ثم فرع عليه بقوله (فلو اعتق) المشترى (صح اعتاقه) لكونه ملكه وكذا تصرفه فيه تصرفا
لا يمكنه نقضه (ولزمه) اى المشترى (قيمته) لانه اتلف ما ملكه بعقد فاسد (وقبض) المكره (الثمن) من المشترى
(او تسليم المبيع) للمشترى حال كونه (طوعا) اى طايعا قيد للمذكورين (اجازة) بالبيع اذ القبض والتسليم طايعا
دليل الرضاء (لا فعلهما كرها) اى ان قبض الثمن وسلم المبيع مكرها لا ينفذ البيع لعدم الرضاء (ولا دفع الهبة
طوعا بعد ما اكره عليها) اى اذا اكره على الهبة دون التسليم وسلم طوعا لا يكون اجازة لان غرض المكره انما هو
استحقاق الموهوب له لا بمجرد لفظ الهبة والاستحقاق لا يثبت فيها بدون التسليم فكان التسليم فيها داخلا فى الاكراه
والاكراه فى البيع يثبت بنفس العقد ولم يكن التسليم فيه داخلا فى الاكراه فافترقا (فان هلك المبيع فى يد مشتر
غير مكره) بفتح الراء والبايع مكره (لزمه) اى المشترى (قيمته) اى قيمة المبيع للبايع المكره لكون العقد فاسدا فكان مضمونا
عليه بالقيمة (وللبايع تضمين اى شاء من المكره) بكسر الراء (والمشترى) لان لكل واحد منهما دخلا فى هلاك ماله
واحد منهما بالذات وواحد آخر بالواسطة (فان ضمن المكره) بالكسر لكونه فى حكم الغاصب لدفع مال المالك الى
المشترى (رجع على المشترى بقيمته) لانه باداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا له من وقت وجود
السبب بالاسناد (وان ضمن) البايع (المشترى) الاول من المشتريين بالقيمة (بعد ما تداولته البياعات) بان باعه المشترى
من آخر وباع آخر من آخر ثم وثم وانما يلزم الضمان لكونه فى حكم غاصب الغاصب باخذه المال بواسطة من كان آلة
للبايع ولذا لا يرجع المشترى بما ضمن على المكره الذى كان واسطة وآلة للبايع (نفذ كل شراء وقع بعد شرائه)
اى المشترى الاول لكونه مالكا بالضمان فظهر انه باع ملك نفسه وللبايع المكره ان يضمن من شاء من المشتريين فايهم ضمنه
ملكه وجازت البياعات التى بعده (لا) ينفذ الشراء (ما) الذى (وقع قبله) اى قبل الضمان لعدم دخوله فى ملك غيره قبل
التضمين حتى يملكه (وان اجاز) المالك المكره (عقدا منها) اى من هذه البياعات (جاز ما قبله) اى ما قبل هذا العقد (ايضا)
اى كما جاز ما بعده ويأخذ هو الثمن من المشترى الاول لان البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه وقد زال المانع بالاجازة
فعاد الكل الى الجواز وفى الضمان يثبت المستند الى حين القبض لا ما قبله (وله) اى للمشترى (استرداده) اى الثمن (اذا
فسخ البيع (لو) كان الثمن (باقيا) فى يد البايع والمكره لفساد البيع وان كان هالكا لا يؤخذ منه شيئا لكونه امانة فى يده لانه
اخذه باذن المشترى ولو ذكر هذه المسئلة عقيب قوله لا فعلهما كرها كما فى اكثر الكتب لكان انسب تمع (وضرب سوط)

وان جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والامة ام ولد له ولا تسعى هى ولا ولدها فى شئ بخلاف
ما لو اعتقها من غير ان يدعى الولد ولو لم يكن معها ولد فقال هذه ام ولدى كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها
فان مات سعت فى كل قيمتها كالمريض اذا قال لامته وليس معها ولد فقال هذه ام ولدى (ويصح تزوجه) اى
تزوج السفيه ملابسا (بمهر المثل) وانما صح نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه مع ان التزوج من حوايجه
الاصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزم منه قدر مهر المثل لانه من ضرورات صحته كما فى اكثر الكتب
لكن ان ما هو من ضرورات صحة النكاح مقدار النصاب من المهر لا قدر مهر المثل تدبر (وان سمى اكثر) اى من مهر المثل
(بطلت الزيادة) لان ما زاد عليه يلزمه بالتسمية وهو ليس من اهل التزام المال وان طلقها قبل الدخول وجب لها
نصف المسمى وكذا لو تزوج اربعا او تزوج كل يوم واحدة فطلقها كما فى التبيين (وتخرج) على صيغة المبنى للمفعول
من الافعال (زكوة مال السفيه) لانه واجب عليه حقا لله تعالى (وينفق منه) اى من ماله (عليه وعلى من تلزمه
نفقته) من اولاده وزوجته وسائر من تجب عليه نفقته لان احياء هؤلاء من حوايجه الاصلية حقا لقريبه والسفه
لا يبطل حق الله تعالى ولا حق الناس (ويدفع القاضى قدر الزكوة) من ماله (اليه) اى الى السفيه (ليؤدى بنفسه)
ليصرفها الى مصرفها لان الواجب عليه الايتاء وهو عبارة عن فعل يفعله هو عبادة ولا يحصل ذلك الا بنية
(ويوكل) اى القاضى (امينا الى ان يؤديها) كيلا يصرفها الى غير المصرف ويسلم القاضى النفقة الى امينه ليصرفه
الى مستحقها لانه لا يحتاج فيه الى النية فاكتفى فيها بفعل الامين (فان اراد حجة الاسلام لا يمنع منها) اى من الحجة لانه
واجب عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه وفى الفرائض هو ملحق بالمصلح وغير السفيه اذ لا تهمة فيه (ولا)
يمنع (من عمرة واحدة) والقياس ان يمنع لانه تطوع كالحج تطوعا وجه الاستحسان انها واجبة عند بعض العلماء
فيمكن منها احتياطا وكذا لا يمنع من ان يسوق البدنة تحرزا عن موضع الخلاف ولا يمنع من القران وان جنى
فى احرامه ينظر ان كان جناية يجوز فيها الصوم كقتل الصيد والحلق عن اذى ونحو ذلك لا يمكن من التكفير بالمال
بل يكفر بالصوم وان كان جناية لا يجرى فيه الصوم كالحلق من غير ضرورة والتطيب وترك الواجبات فانه
يلزمه الدم ولكن لا يمكن من التكفير فى الحال بل يؤخر الى ان يصير مصلحا بمنزلة الفقير الذى لا يجد مالا والعبد
المأذون له فى الاحرام وكذا لو جامع امرأته بعد الوقوف بعرفة تلزمه بدنة ثم يتأخر الى ان يصير مصلحا (وتدفع
نفقته) اى نفقة السفيه فى طريق الحج والعمرة (الى ثقة) من الحجاج (ينفق اليه) اى الى السفيه (فى الطريق) بالمعروف
(لا) تدفع (اليه) كيلا يبذر ولا يسرف (وتصح منه) اى من السفيه (الوصية فى القرب) جمع قربة (وابواب الخير)
من الثلث ان كان له وارث والقياس انها لا تصح لانها تبرع لكنا استحسنا ذلك اذا كانت مثل وصايا الناس لانها
قربة يتقرب بها الى الله تع وهو يحتاج اليها سيما فى هذه الحالة وفيه اشارة الى انه اذا اوصى بما لا يستقبحه المسلمون
فلا ينفذ كما فى التبيين (ويحجر على المفتى الماجن) هو الذى يعلم الناس الحيل الباطلة بان علم المرأة الارتداد لتبين
من زوجها وبان علم الرجل ان يرتد لتسقط عنه الزكوة ثم يسلم ولا يبالى ان يحرم حلالا ويحل حراما (والطبيب الجاهل)
هو الذى يسقى الناس فى امراضهم دواء مخالفا لعدم علمه فيفسد ابدان المسلمين (والمكارى المفلس) لانه
يأخذ الكراء ولا يشترى به الجمال والظهر ويدفع الى بعض ديونه فيعوق المسلمين من نحو الحج والغزو (اتفاقا)
قيد للثلاثة جميعا لان منع كل واحد منها دفع ضرر العامة اذ المفتى الماجن يفسد على الناس دينهم والطبيب الجاهل
يهلك ابدانهم والمكارى المفلس يتلف اموالهم فيحجر هؤلاء عن عملهم لان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف
والنهى عن المنكر (ولا يحجر على فاسق) سواء كان اصليا او طاريا (ومغفل اذا كان) كل واحد منهما (مصلحا
لماله) لان حجر السفيه عندهما كان للنظر له صيانة والفاسق يصلح ماله فيدخل تحت قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا
فادفعوا اليهم اموالهم لانه تعالى علق الدفع بعلم رشد واحد لانه نكرة فى الاثبات فيكون اقله كافيا فالمراد هو الرشد
فى المال لا فى الدين بكسر الدال والا يلزم الرشدان ولو كان الفسق موجبا للحجر لكان حجر الكافر اولى به ولم يذهب
اليه احد وعند الشافعى يمنع زجرا له وعقوبة عليه وان كان مصلحا لماله ولذا لا يكون الفاسق اهلا للولاية
والشهادة عنده وفى المنح ولو ان قاضيا حجر على مفسد يستحق الحجر ثم رفع الى قاض آخر فاطلقه ورفع عنه الحجر فاجاز
ما صنع جاز اطلاق الثانى لان قضاء الاول كان فى فصل مجتهد فيه وهذا اختلاف فى نفس القضاء ولان الحجر الاول
لم يكن قضاء لعدم المقضى عليه فينفذ قضاء الثانى فهو بمنزلة ما لو قضى وهو محجور عليه فاذا اطلقه الثانى
صح اطلاقه وليس للقاضى الثالث بعد ذلك ان ينفذ قضاء الاول بالحجر وكذا لا يحجر من له غفلة شديدة عند الامام
لانه ليس بمفسد ماله ولا يقصده لكنه لا يهتدى الى التصرفات الرابحة فيغبن فى البياعات لسلامة قلبه وعندهما

وحبس يوم لبس باكراه) فانه لايبالى بمثله عادة فلا يعدم الرضاء وهو شرط لثبوت حكم الاكراه (الاقبين) اى فى حق من (يستضربه) اى بضرب سوط وحبس يوم (لكونه ذا منصب) فيكون مكرهها بمثله لان ضرره اشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضاء وفى المبسوط الحد فى الحبس الذى هو اكراه مايجئ به الاهتمام البين به وفى الضرب الذى هو اكراه مايجد منه الالم الشديد وليس فى ذلك حد لايزاد عليه ولاينقص منه لان المقادير لايكون بالرأى ولكنه على قدر مايرى الحاكم اذا رفع اليه (وان اكره على اكل ميتة او) اكل (دم) ووقع فى الاصلاح اوشرب دم لان الدم من المشروب لامن المأكول لكن يمكن التوفيق بان يكون مأكولا فيما اذا كان جامدا ومشروبا فيما اذا كان سايلا تدبر (او) اكل (لحم خنزير او) اكره على (شرب خمر (بضرب اوحبس اوقيد لايحل) للمكره (التناول) لان هذا لايكون اكراها ملجئا اذلايضطر بمثله اكثر الناس فيلزم عليهم التحمل الان يقول لاضربن على عينيك اوذكرك وفى البزازية الاكراه بالحبس المؤبد والقيد المؤبد لايوجب الاكراه اذا لم يمنع الطعام والشراب لعدم الافضاء الى تلف نفس اومال وانما يوجبان غما والتناول للمحرم لازالة الغم لايحل ومن المشايخ من قال لو ذاتهم يقع فى قلبه انه بالحبس المذكور او بالحبس فى بيت مظلم يخاف عليه التلف غما او على عضو من اعضائه اوعينه بظلمة المكان يحل ومحمد لم يجعل الحبس الذى كان فى زمانه وهو المكث المجرد اكراها اما الحبس الذى احدثوه اليوم فهو اكراه لانه تعذيب لاحبس مجرد (وان) اكره على تناول هذه الاشياء (بقتل اوقطع عضو حل) تناولها لان الاكراه ملجئ بهما وحرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار واما حالة الاضطرار فبقاء على اصل الحل لقوله تع الاما اضطررتم اليه (ويأثم) المكره بصبره (على التلف ان علم الاباحة) لانه امتنع عن مباح والقى نفسه فى مهلكة (كما فى المخمصة) اى كما يكون آثما بالصبر فى حالة المخمصة والجوع فاتلف نفسه وذكر شيخ الاسلام ان المكره انما اثم اذا علم بالاباحة ولم يتناول واما اذا لم يعلم فقد رجونا ان يكون فى سعة منه لانه يعذر بالجهل فيما فيه خفأ (وان اكره على الكفر اوسب النبى عليه السلام بقتل اوقطع عضو رخص له اظهاره) اى اظهار الكفر اوغيره (وقلبه مطمئن بالايمان) اى غير متغير عقيدته فان المشركين اكرهوا عمارا فاعطاهم ماارادوا مع طمانية القلب فقال عليه السلام فان عادوا فعد اى ان عاد الكفار بالاكراه فعد الى اطمينان القلب بالايمان فيما اجريته على لسانك ونزل فى حقه قوله تع الامن اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولان بهذا الاظهار لايفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفى الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه (ويوجر بالصبر على التلف) لان حبيبا رضى الله تع عنه قد صبر حين ابتلى حتى صلب ولم يظهر كلمة الكفر وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال فى مثله هو رفيقى فى الجنة ولان الحرمة قائمة والامتناع عزيمة فاذا بذل نفسه لاعزاز الدين واقامة حق الله تع كان شهيدا وفى الاصلاح وغيره تفصيل فليطالع (ولا رخصة) على اجراء الكفر على اللسان (بغيرهما) اى بغير القتل والقطع لان غيرهما ليس بملجئ (وان اكره على اتلاف مال مسلم باحدهما) اى بالقتل او القطع (رخص) الاتلاف (له) اى للمكره لان اتلاف مال الغير يستباح للضرورة كما فى المخمصة وقد ثبتت (والضمان على المكره) بالكسر لان المكره فى حق الاتلاف آلة للمكره فلم يلزم عليه الضمان وفيه اشارة الى الاحتراز عن الاكل والتكلم والوطئ فان فيها لايصلح آلة والى ان المكره على الاخذ والدفع الى المكره انما يسعه اذا كان حاضرا عند المكره فان كان ارسله ليفعل فخاف ان ظفر بفعل مايوعده لم يحل له الاقدام على ذلك لزوال القدرة على ذلك والالجاء بالبعد منه وبهذا تبين انه لاعذر لاعوان الظلمة فى اخذ الاموال من الناس عند غيبة الامرين وتعللهم بامرهم والخوف من عقوبتهم ليس بعذر الا ان يكون رسول الامر معه على ان يرده عليه فيكون بمنزلة حضور الامر (او) ان اكره (على قتله) اى قتل غيره (اوقطع عضوه) بالقتل او القطع (لايرخص له) فى ذلك بل يلزم الصبر عليه فان قتله اثم لان قتل المسلم حرام لايباح لضرورة مافكذا بهذه الضرورة الان يعلم انه لولم يقتله قتله وكذا لو اكره على الزنا لايرخص وفى جانب المرأة يرخص لها الزنا بالاكراه الملجئ ولايلزم الحد كما فى التنوير اذا اكرهت بغير ملجئ (فان فعل) اى ان قتل اوقطع العضو بالكره (فالقصاص على المكره) بكسر الراء (فقط) اى دون المكره بالفتح ان كان القتل عمدا لكونه حاملا ولايقتص القاتل لانه آلة له كالسيف هذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف) لايجب (قصاص على احد) منهما لان الحد مضاف الى المكره من وجه لانه المباشر والى المكره من وجه لانه الحامل فهو كالدافع الى القتل فتمكنت فيه الشبهة فى الجانبين فلاقصاص على واحد منهما فالدية من مالهما اذ العاقلة لاتحملها فى العمد وعند زفر يقتص الفاعل فقط لانه هو المباشر حقيقة وكذا حكمها الاعلى المكره وعند الائمة الثلاثة يقتص كل منهما لكون الفاعل مباشرا والحامل سببا

ولو

وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لايبطل الرهن انتهى لكن يمكن التوفيق بين كلام صاحب الهداية وقاضيخان بان يقال ان مراد قاضيخان بقوله لم يكن ذلك اذنا له هو ان سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان مال المولى لايصير اذنا فى حق ذلك التصرف الذى صادفه السكوت لافى حق سائر تصرفات ذلك العبد فى باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتهن آه فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذى صادفه السكوت لامحالة وكذا يؤيده ماقاله القهستانى فى هذا المحل نقلا عن الذخيرة فانه يصير مأذونا فيما يستقبل فيصح تصرفاته فيه لافيما يبيع من مال سيده فى الحال لانه لابد فيه من الاذن الصريح بخلاف ما اذا اشترى من ماله فعلى هذا ان مافى الدرر فى هذا المحل محل تأمل تتبع وعند زفر والشافعى لايثبت الاذن بسكوت المولى عند مايراه يبيع او يشترى لانه يحتمل الرضى والسخط فلا يثبت بالشك ولنا ان العادة قد جرت بذلك لاجل دفع الضرر عن الناس (وللمأذون) خبر مقدم (اذنا عاما لا بشراء شئ بعينه) اوشراء (طعام الاكل او) شراء (ثياب الكسوة) يعنى للعبد الذى قال له مولاه قد اذنت لك فى التجارة ولم يقيده بشراء شئ بعينه او بشراء طعام الاكل او ثياب الكسوة ولم يقيده ايضا بنوع من التجارة (ان يبيع) مبتدأ مؤخر (ويشترى) لان اللفظ يتناول جميع انواع التجارات واما اذا امره بشراء شئ بعينه كالطعام والكسوة لايكون مأذونا له لانه استخدام ولو صار مأذونا له لتضرر كما فى شرح الكنز للعينى وفى القهستانى اذا قال له اذنت لك فى التجارة اى فى كل تجارة او قال له اشترلى ثوبا او بعه او قال اجر نفسك من الناس فانه صار مأذونا لانه امر بالعقود المتكررة بخلاف مالو قال اشترلى ثوبا للكسوة او اجر نفسك من فلان فى عمل كذا فانه لم يصر مأذونا لانه امره بعقد واحد وقد صح ان يكون استخداما فلو لم يصح للاستخدام صار مأذونا وان امره بعقد واحد كما اذا غصب العبد متاعا وامره السيد ان يبيعه فانه صار مأذونا لانه لم يمكن ان يجعل استخداما لاللسيد وهذا ظاهر ولا للمالك لانه لم يعمل له وعلى هذا الاصل يخرج جنس هذه المسائل كما فى الذخيرة (ويوكل بهما) اى له التوكيل بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة فلعله لايتمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى معين (و) له ان (يسلم) اى يجعل نفسه رب السلم (و) له ان (يقبل السلم) اى يجعل نفسه المسلم اليه لانهما من توابع التجارة (و) له ان (يرهن ويرتهن) لانهما ايفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة (ويزارع) اى له ان يدفع الارض مزارعة ويأخذها مزارعة لانها من عمل التجارة (و) له ان (يشترى بذرا يزرعه) لانه يربح (و) له ان (يشارك عنانا) لانه وكالة وليس ان يشارك مفاوضة لانها كفالة (و) له ان (يستأجر) الاجير والبيت وغيرهما (ويوجر ولو) وصلية (نفسه) فان اجارة نفسه بيع منافعه وليس كبيع نفسه فيملك التصرف وعند الائمة الثلاثة ليس له ذلك لان ذلك تصرف فى نفسه فلا يتناوله الاذن (و) له ان (يضارب) اى يأخذ المال مضاربة (ويدفع المال مضاربة) لانه ان دفع يكون مستأجرا وان اخذ يكون موجرا نفسه وهما من التجارة (و) له ان (يبضع) اى يدفع المال بضاعة يعنى له ان يعطى رجلا قدر رأس المال ليتجر به ويكون الربح له (و) له ان (يعير) له ان (يقر) بدين اذلو لم يجز الاقرار لم يعامله احد فيكون من لوازم المعاملة سواء صدقه المولى او كذبه وسواء كان مديونا اولا هذا اذا كان اقراره فى صحته وان كان فى المرض قدم غرماء الصحة كما فى الدرر وعند الائمة الثلاثة بدين معاملة فقط واذا اقر لزوجته وولده ووالده بطل عند الامام خلافا لهما (ووديعة) لان الايداع وقبول الوديعة من عادة التجارة فله ان يقر بها (وغصب) لان ضمان الغصب مفاوضة فيملك المغصوب بالضمان فله ان يقر به (ولو باع او اشترى بغبن فاحش جاز) عند الامام لان المأذون متصرف باهلية نفسه كالحر فيصح عقده بالفاحش ولو نهى عن البيع بالغبن الفاحش كما فى المنح (خلافا لهما) لان المق من الاذن الاسترباح والعقد بالفاحش اتلاف فلايدخل تحت الاذن فلايجوز قيد بالفاحش لان بيعه وشراءه بغبن يسير جائز بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه (ولو حابى) العبد المأذون اى باع شيئا باقل من قيمته والمحاباة الغبن بالرضاء (فى مرض موته صح من جميع المال ان لم يكن عليه) اى على المأذون (دين) فينفذ وان زادت المحابات على الثلث (وان كان) عليه دين (فمن جميع مابقى) بعد الدين يعنى يؤدى دينه اولا فما بقى يكون المحابات من جميعه لان الاقتصار فى الحر على الثلث ولاوارث للعبد والمولى وان كان بمنزلة الوارث الا انه رضى بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا اسقط حقه من الثلثين (وان لم يبق) شئ بعد الدين بان كان محيطا بما فى يده (ادى المشترى جميع المحاباة اورد المبيع) اى يقال له اد جميع المحاباة والافاردد البيع كما فى الدرر هذا اذا كان المولى صحيحا وان مريضا لاتصح محاباة العبد الامن ثلث مال المولى كتصرف المولى بنفسه كما فى التبيين (وله) اى للمأذون (ان يضيف معامله) لجريان العادة بذلك بين التجار لاستجلاب القلوب وفى البزازية ويتخذ الضيافة اليسيرة لاالكثيرة وذا بقدر المال حتى لو كان فى يده عشرة آلاف درهم فبعشرة يسيرة ولو عشرة دراهم فى يده فبدانق كثيرة (و) له (ان يحط من الثمن) قدر مايحط التجار لانه لاعلك ان يحط من الثمن اكثر

من العادة لانه تبرع بعد تمام العقد (بعيب) اى بسبب عيب ظهر فيه لانه من صنيع التجار قيد بالعيب لانه لا يحط
بدونه لانه تبرع (و) له (ان اذن رقيقه فى التجارة) لانه نوع تجارة والاصل ان كل من له ولاية التجارة يصح اذنه للعبد
فيها كالمكاتب والمأذون والمضارب والاب والجد والقاضى وشريكى المفاوضة والعنان والوصى ولا يجوز للام
والاخ والعم لانهم ليس لهم ولاية التجارة كما فى الاختيار (لا ان يتزوج) اى ليس للمأذون ان يتزوج الا باذن المولى لانه ليس
من باب التجارة ولا ان يتسرى جارية اشتراها وان اذن له مولاه كما فى جواهر الفقه (او يزوج عبده) لان التزويج
ليس بتجارة فلا ولاية له فى ذلك الا باذن المولى (وكذا) لا يزوج (امته) عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فان
عنده يزوج الامة دون العبد لان تزويجها تحصيل مال باسقاط النفقة وايجاب المهر فيصير كاجارتها ولهما ان الاذن
لا يتناول غير التجارة وقدمر ان التزويج ليس منها (ولا ان يكاتب) رقيقه لانه ليس بتجارة اذهى مبادلة مال بمال
وبدل الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال (او يعتق ولو) وصلية (بمال) لان الاعتاق فوق الكتابة فاذا لم
يملك هذا لا يملك الاعلى ولانه ليس بحر فلا يملك التحرير وهذا اذا لم يجز المولى فان اجاز ولا دين عليه جاز وكذا اذا كان
عليه دين عندهما لكن ضمن قيمة العبد للغرماء (او يقرض) اى ليس له ان يقرض لانه تبرع ابتداء (او يهب ولو) وصلية
(بعوض) لانهما من التبرعات (او يهدى) اى ليس له الاهداء (الا) اهداء الشئ (اليسير من الطعام) كالرغيف ونحوه
لاستجلاب القلوب لا الدراهم والدنانير (والمحجور لا يهدى اليسير ايضا) لعدم الاذن (وعن ابى يوسف اذا دفع المولى
الى) العبد (المحجور قوت يومه فدعا بعض رفقائه) على ذلك الطعام (للاكل معه فلا بأس به) لعدم
ظهور الضرر على المولى (بخلاف مالو دفع اليه) اى الى العبد المحجور (قوت شهر) لما فى اكلهم ح ضرر
بين للمولى (قالوا ولا بأس للمرأة ان تتصدق من بيت زوجها باليسير كالرغيف ونحوه) بدون استطلاع رأى الزوج
لانها غير ممنوعة من قبله عادة وهذه المسئلة ليست من مسائل هذا الباب فيكون ذكرها لمناسبة هى كونها
مأذونة عادة وفى اكثر الكتب والاب والوصى لا يملكان فى مال الصغير ما يملكه العبد المأذون له من اتخاذ الضيافة
اليسيرة والصدقة (وما لزم المأذون من الدين بسبب تجارة اوما فى معناها) اى فى حكم التجارة (كبيع وشراء) نظير
للتجارة قبل صورة وجوب الدين بالبيع والشرى ان يبيع ويستحق المبيع ويهلك الثمن فى يده (واجارة واستيجار وغصب
وجحد امانة وعقر امة شراها فوطئها فاستحقت) نظير لما هو فى معنى التجارة قبل صورة وجوب الدين بالاجارة
ان يأخذ المأذون الاجرة معجلا ثم يهلك المستأجر او يستحق قبل تمام المدة (يتعلق) ذلك الدين (برقبته) اى
المأذون وفيه اشعار بانه لو باع مولاه بعد الدين كان باطلا فقيل معناه سيبطل لانه موقوف على اجازة
الغرماء وقيل انه فاسد لانه لو اعتقه المشترى بعد القبض يصح ولزمه قيمته فلا يكون موقوفا كما
فى القهستانى (فيباع فيه) اى يبيع القاضى المأذون مرة فى ذلك الدين بطلب الغرماء بحضرة مولاه او نائبه
وان لم يرض بذلك مولاه (ان لم يفده) اى الدين (المولى) وقال زفر يتعلق بالكسب لا بالرقبة لانه مأذون فى التجارة
لا فى التصرف فى رقبته لان غرض المولى من اذنه تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان بخلاف دين الاستهلاك
فانه يباع فيه لجناية لا تعلق لها بالاذن وبه قال الشافعى ومالك وعن احمد يتعلق بذمة مولاه ولنا انه ظاهر
فى المولى بسبب الاذن وكل دين يظهر فى حقه فهو متعلق بالرقبة لانه لابد من محل يستوفى منه واقرب المحال اليه
نفسه فصار كدين الاستهلاك والجامع دفع ضرر الناس (ويقسم) القاضى (ثمنه) اى ثمن العبد (وما فى يده) اى
يد المأذون (من كسبه) بين الغرماء (بالحصص) اى بمقدار نصيب دين كل واحد منهم لان ديونهم متعلقة برقبته
فيتحاصصون فى الاستيفاء من البدل كما فى التركة (سواء) كان (كسبه) اى كسب المأذون ما فى يده (قبل الدين او بعده
او اتهبه) وحاصله سواء كان كسبه قبل الدين او بعده بالمبايعة او بقبول الهبة وفيه اشعار بانه يشترط حضور المأذون
فى بيع كسبه لانه الخصم فيه ولا يشترط رضاه ولا حضور مولاه (وما بقى عليه) اى على العبد من الدين بعد ما اقتسم
الغرماء ثمنه (يطالب به بعد عتقه) ولا يطالب به للحال اذ لهم الخيار فى القليل العاجل بالبيع والكثير الآجل بالسعاية
لا فى الجمع بينهما ولا فى الطلب من المولى لانقطاع تعلقه به (وما اخذه سيده منه) اى من كسبه (قبل) ظهور
الدين (لا يسترد) لانه اخذه حين كان فارغا عن حاجة العبد فخلص له بمجرد القبض (وله) اى للمولى (اخذ غلة) اى
اجرة (مثله مع وجود الدين) يعنى لو كان المولى يأخذ من العبد كل شهر عشرة دراهم مثلا قبل لحوق الدين يكون
له اخذ غلة بعد وجود الدين مثل ما اخذه قبل الدين استحسانا والقياس ان لا يأخذ لان الدين مقدم على حق المولى
فى الكسب وجه الاستحسان ان فى اخذه الغلة منفعة للغرماء فانه يترك على حاله لاجل ما يحصل له من المنفعة
ولو لم يأخذ يحجر عليه فينسد عليهم باب الاكتساب (والزائد عليها) اى على غلة مثله (للغرماء) لعدم الضرر ورفقه

وتقدم

وتقدم حقهم (ويحجر) المأذون غير المدبر (ان ابق) لان الاباق يمنع ابتداء الاذن عندنا على ما ذكر شيخ الاسلام
خواهرزاده وكذا يمنع بقاءه فلا يلزم شئ من تصرفاته كالبيع وعند زفر والائمة الثلاثة يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافى
ابتداء الاذن فلا ينافى دوامه وهل يعود الاذن ان عاد من الاباق فالصحيح انه لا يعود وفى القهستانى لو اذن الآبق
لم يصح الاذن لكن فى الهداية اشارة الى انه قد صح اذنه كاذن العبد المغصوب فانه قد صح الا انه لا يبطل اذنه به
وفصل فى الذخيرة بانه ان اقر الغاصب او كان للمالك بينة حاضرة عادلة فقد صح الاذن والا فلا (او مات سيده
او جن مطبقا او لحق بدار الحرب) حال كونه (مرتدا) علم العبد بذلك او لم يعلم اما الموت فلانه يزيل الملك واما الجنون
فلانه يزيل الاهلية واما اللحاق فلانه موت حكما (او حجر عليه) اى يصير محجورا ان حجر المولى عليه بان قال حجرتك
عن التصرف او بايصال خبر الحجر اليه بشرط ان يعلم المأذون حجر نفسه للاحتراز عن الضرر هو قضاء الدين
بعد الحرية (وعلم به اكثر اهل سوقه) اى سوق العبد لان الاكثر قائم مقام الكل هذا اذا كان الاذن شايعا اما اذا لم
يعلمه الا العبد فيكفى علمه بحجره وقال الشافعى حجره صحيح وان لم يعلم به احد من اهل سوقه وبه قال مالك واحمد
(و) يحجر (الامة) المأذونة (ان استولدها) سيدها عندنا استحسانا لانه يمنع عن ان تخرج الى الناس لتعامل معهم
فيكون الاستيلاد حصانا دالا على الحجر عادة الا اذا نص بخلافه وهو يتفوق دلالة وقال زفر لا يصير محجورا عليها اعتبارا
للبقاء بالابتداء فانه يصح ان يأذن لام ولده والبقاء اسهل وبه قالت الائمة الثلاثة (لا) تحجر الامة المأذونة (ان دبرها)
المولى وهذا بالاجماع لانعدام دلالة الحجر (ويضمن) المولى (القيمة للغريم فيهما) اى فى الاستيلاد والتدبير لانه
اتلف بهما محلا تعلق به حق الغرماء وهو الرقبة المحبوسة عنده لانه بفعله امتنع بيعهما وبالبيع يقضى حقهم
وعند الائمة الثلاثة لا يضمن (واقراره) اى المأذون وهو رفع بالابتداء (بعد الحجر بدين او بان ما فى يده امانة) لغيره
(او غصب) منه (صحيح) فيقضى مما فى يده لا من رقبته لانها ليست من كسبه بل من كسب مولاه هذا عند الامام
(خلافا لهما) فانهما قالا لا يصح اقراره وهو القياس لان المصحح هو الاذن وقد زال وبه قالت الائمة الثلاثة
وجه الاستحسان ان المصحح هو اليد وهى باقية حقيقة وبطلان اليد حكما بالحجر فراغ ما فى يده من الاكساب
عن حاجته واقراره دليل على تحققها (وان استغرق دينه) اى دين المأذون (رقبته وما فى يده لا يملك سيده
ما فى يده) من اكتسابه عند الامام ثم فرع عليه بقوله (فلو اعتق عبدا مما فى يده لا يصح) عند الامام (وعندهما) وعند
الائمة الثلاثة (يملك) السيد ما فى يده (فيصح عتقه) فى عبده ويغرم قيمته للغرماء لوجود سبب الملك فى كسبه وهو
كونه مالكا رقبته ولهذا يحل وطء المأذونة وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته والمحيط
به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه والعتق وعدمه فرع ثبوت الملك وعدمه وقال صاحب المنح ولو اشترى ذا رحم محرم
من المولى لم يعتق ولو كان المولى يملك ما معه لعتق ولو اتلف المولى ما فى يده من الرقيق ضمن لانه اتلف ما لا يملكه
ولو كان المولى يملك ما معه لم يضمن (وان لم يستغرق) دينه رقبته (صح) اعتاق عبده (اتفاقا) اما عندهما فظ واما عنده
فلانه لا يعرى عن دين قليل فلو جعل مانعا لا يبقى الانتفاع بكسبه فيفوت الغرض من الاذن (ويصح بيعه) اى بيع هذا
المأذون (من سيده بمثل القيمة) او اكثر لانه لا تهمة فى البيع بمثل القيمة فيصح (لا) يصح بيعه (باقل) من القيمة ولو يسيرا
لان حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له ان يبطل حقهم اما لو كان دينه اقل بحيث لا يحيط لجاز بيعه باقل من قيمته لعدم
تعلق حق الغرماء وفى القهستانى وهذا عنده واما عندهما فيبيع من سيده مطلقا الا ان السيد مخير بين ازالة الغبن وبين
نقض البيع ويبيع من اجنبى بالغبن اليسير لا الفاحش وقيل الصحيح ان قوله كقولهما كما فى الكافى (و) يصح (بيع سيده
منه) اى من هذا المأذون (بمثلها) اى بمثل القيمة وبالاقل منها لا يصح لان المولى اجنبى عن كسب عبده اذا كان عليه دين
فالكلام فيه لانه لا يملك كسبه فيخرج المبيع عن ملكه فيصح كما فى الاجنبى وعندهما جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت
فان المولى يستحق اخذ الثمن والعبد المبيع فثبت لكل واحد منهما ما لم يكن ثابتا قبل ذلك فافاد كما فى التبيين (لا) يصح
(باكثر) لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء (فلو باع) المولى منه (باكثر) من قيمة المثل (يحط) المولى (الزائد) عن القيمة
(او ينقض البيع) صيانة لحق الغرماء كما فى المبسوط بلا ذكر الخلاف لكن فى المحيط وغيره انه عندهما واما عنده فالبيع
فاسد وان اسقط المحاباة وكان الغبن يسيرا كما فى القهستانى (فان سلم سيده اليه) اى الى العبد (المبيع قبل نقد الثمن
سقط) عن ذمة هذا المأذون (الثمن) اى ثمن مبيع باعه سيده منه لان المولى لما سلم المبيع فقد ابطل حقه من العين
فلم يبق له حق الا فى الدين مع ان المولى لا يستوجب على عبده دينا فيبطل الثمن ايضا فيخرج مجانا بخلاف ما اذا كان الثمن
عرضا حيث يكون المولى احق به من الغرماء لانه تعين بالعقد فملكه به عنده وعندهما تعلق حقه بعينه فكان احق به
وبخلاف ما اذا باع العبد من سيده فسلم اليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن كما فى التبيين وعن ابى يوسف

ان للمولى ان يسترد المبيع ان كان قائما فى يد العبد و يحبسه حتى يستوفى الثمن (وله) اى للمولى (ان لا يسلمه) الى المبيع
(حتى يأخذ ثمنه) لان البيع لا يزيل ملك اليد مالم يصل اليه الثمن فيبقى للمولى على ماكان عليه حتى يستوفى الثمن ولذا
يكون اخص من سائر الغرماء (ويضمن السيد) للغرماء (باعتاقه) العبد (المأذون) حال كونه (مديونا الاقل من قيمته)
اى العبد (ومن الدين) اى ان كانت قيمة المأذون اقل من الدين ضمن سيده للغرماء القيمة لتعلق حقهم برقبته وان كان
الدين اقل من القيمة ضمن الدين لان حق الغرماء ليس الا فيه وقد وصلوا اليه وصار هذا كما لو اعتق الراهن المرهون
(وما زاد من دينه على قيمته طولب به معتقا) اى للغرماء ان يطالبوه بعد عتقه لان الدين مستقر فى ذمته لوجود سببه
والمولى لم يتلف الا قدر القيمة فبقى الباقى عليه كما كان فيرجع به عليه وعند مالك والشافعى يؤخذ من كسبه والا طولب
بعد عتقه قبل الغرماء بالخيار ان شاؤا اتبعوا المعتق بالدين وان شاؤا اتبعوا المولى بالاقل من قيمته ومن الدين (وان باعه)
المولى (وهو) اى العبد المأذون (مديون مستغرق) برقبته (وغيبه مشتريه) اى جعله المشترى بعد قبضه غائبا
(فللغرماء اجازة بيعه واخذ ثمنه) اى ان شاء الغرماء اجازوا البيع واخذوا ثمن العبد و ح لا يضمنون احدا القيمة لان الحق
لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق (او تضمين اى شاؤا من السيد والمشترى قيمته) اى قيمة العبد لانه متعد ببيعه
وتسليمه الى المشترى وانما قيد بقوله وغيبه لان الغرماء اذا قدروا على العبد كان لهم ان يبطلوا البيع الا ان يقضى المولى
ديونهم (وان ضمنوا السيد) اى ان اختاروا تضمين قيمته اياه (ثم رد عليه) اى رد المشترى العبد على البائع بقضاء (بعيب)
اى بسبب عيب بعد ما ضمنه الغرماء قيمته (رجع) المولى (عليهم) اى على الغرماء (بالقيمة وعاد حقهم) اى الغرماء
(فى العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم هذا اذا رده عليه قبل القبض مطلقا او بعده بقضاء لانه فسخ
من كل وجه وكذا اذا رده عليه بخيار الرؤية او الشرط وان رده بالعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء
على العبد ولا للمولى على القيمة لان الرد بالتراضى اقالة وهى بيع فى حق غيرهما وان فضل شئ من دينهم رجعوا به
على العبد بعد الحرية (وان باعه) المولى (و) الحال انه قد (اعلم) المشترى (بكونه مديونا فللغرماء رد البيع ان لم يصل
ثمنه اليهم) لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء او الاستيفاء من رقبته وفى كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر
والثانى ناقص معجل و بالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوه (وان وصل) ثمنه (اليهم ولا محاباة فى البيع فلا) اى
فليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم فينفذ البيع لزوال المانع هذا اذا كان الدين حالا وكان البيع من غير طلب
الغرماء والثمن لا يفى بدينهم فاما اذا كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز لانه باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق
لغيره لان حق الغرماء متأخر وكذا اذا كان البيع بطلبهم لان البيع وقع لاجلهم وكذا اذا كان الثمن يفى بدينهم (فان غاب
البائع) بعد بيع المولى المأذون وقبض المشترى (فالمشترى ليس خصما لهم ان انكر) المشترى (الدين) عند الطرفين
(وعند ابى يوسف هو خصم و يقضى لهم بالدين) لانه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى
تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها
وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له واما اذا كان البائع حاضرا والمشترى غائب فالحكم
كذلك اجماعا (ومن قال) عند قدومه مصرا (انا عبد فلان فاشترى وباع) ساكتا عن اذنه وحجره او غير ساكت (فحكمه
كالمأذون) بناء على ان امور المسلمين محمولة على الصلاح والجواز الا بالاذن فوجب ان يحمل عليه مع ان العمل بالظاهر هو
الاصل فى المعاملات دفعا للضرر عن الناس او لان تصرفه واقدامه عليه كالحر دليل الاذن (الا انه لا يباع فى الدين) لان
بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن لان المدبر المأذون اذا لحقه الدين لا يباع رقبة اذ الدين لم يظهر فى حق المولى
لان الغرور والضرر ليس من جانبه فيطالب الدين من العبد بعد عتقه (مالم يقر سيده باذنه) يعنى اذا احضر المولى واقر
باذنه او اثبت الغريم اذنه على وجه المولى فيباع العبد المأذون) فصل (*فى بيان حكم الصبى والمعتوه*) (تصرف
الصبى ان نفع) بلا ضرر اصلا (كالاسلام وقبول الهبة والصدقة صح بلا اذن) اى بلا توقف على اذن المولى
لكونه اهلا ولو على القصور (وان ضر) اى ان كان تصرفه ضارا (كالطلاق والاعتاق فلا) يصح (ولو) وصلية
(باذن) لانعدام الشرط فيه وهو الاهلية الكاملة (وان احتملهما) اى النفع والضر (كالبيع والشراء صح باذن)
اى باذن المولى (لا بدونه) اى الاذن علق باذن وليه دفعا للضرر بانضمام رأى الولى فى المتردد بينهما وعند الشافعى
لا يصح تصرفه باجازة الولى ولذا لا يصح اسلامه (فاذا اذن للصبى فى التجارة ابوه او جده عند عدمه) اى عدم
الاب (او وصى احدهما) اى وصى الاب او الجد عند عدم وصى الاب والمراد منه الترتيب لان وصى الاب مقدم
على الجد وترتيبه ابوه مادام حيا حاضرا وبعد موته وصيه المختار ثم وصى وصيه كما فى القهستانى ثم جده هو
اب الاب ثم وصيه ثم وصى وصيه (او القاضى) اى ثم القاضى او من يقوم مقامه دون الام ووصيها وصاحب الشرط

(فحكمه) اى حكم هذا الصبى (حكم العبد المأذون) فى جميع ما ذكرنا من الاحكام من انه لا يتقيد بنوع من التجارة
ويكون مأذونا لسكوت الولى حين يراه يبيع ويشترى ويصح اقراره بما فى يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن
الفاحش عنده خلافا لهما (بشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك والشراء جالبا له) اى للملك زاد الزيلعى
عليه وان يقصد الربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش (فلو اقر) الصبى المأذون بالتجارة من قبل الولى (بما فى يده
من كسبه) من عين او دين لوليه او لغيره لانه من تمام التجارة ولو لم يصح لا يعامله الناس (او ارثه) اى بما ورث
عن ابيه او غيره (صح) اقراره فى ظاهر الرواية لان الحجر ارتفع بالاذن فصار كالبالغ وعن الامام انه لا يصح
فى الارث لان الحاجة فى صحة الاقرار بما معه للحاجة اليه فى التجارة ولا حاجة فى الموروث (والمعتوه) الذى يعقل
البيع والشراء بالمعنى المذكور (بمنزلة الصبى) فيما مر من الاحكام وفى التبيين تفصيل فليراجع (وصح اذن الوصى
او القاضى لعبد اليتيم) لان لهما تصرفا فى مال اليتيم والاذن منه (*كتاب الغصب*) (وكان المناسب ايراده
تلو كتاب الحجر لما بينهما من المناسبة الظاهرة لكن عارضه ان ايراد المأذون بعد الحجر ادخل فى المناسبة لما تقرر من انه
فك الحجر فاورده بعده كما فى المنح هو فى اللغة اخذ الشئ من الغير على وجه القهر مالا كان او غيره حتى يطلق
على اخذ الاحر ونحوه مما لا يتقوم يقال غصبه منه وغصبته عليه وقد يسمى المغصوب غصبا تسمية للمفعول بالمصدر
وفى الشرع (هو) اى الغصب (ازالة اليد المحقة) اى التى لها حق (باثبات اليد المبطلة) فى مال متقوم محترم
قابل للنقل بغير اذن مالكه لا بخفية وهذه القيود لا بد منها لان قولنا فى مال بمنزلة جنس لكونه شاملا مع انه
احتراز عن ميتة وحر وقولنا متقوم احتراز عن خمر مسلم وقولنا محترم احتراز عن مال الحربى وقولنا قابل للنقل
احتراز عن العقار فان غصبه غير متصور خلافا لمحمد فعنده الغصب تفويت يد المالك لا غير وعند الائمة الثلثة
اثبات يد مبطلة لا غير وفائدة الخلاف فى زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست
بمضمونة عندنا وعندهم مضمونة وقولنا بغير اذن مالكه احتراز عن اخذه من يد المالك باذنه كالوديعة وقولنا
لا بخفية احتراز عن السرقة ثم اشار الى الخلاف بقوله (فاستخدام العبد) اى عبد الغير (بغير اذنه وحمل الدابة) اى دابة
الغير بغير اذنه (غصب) لوجود ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة فيهما (لا الجلوس على البساط)
لان الجلوس عليه ليس بتصرف فيه اذ البسط فعل المالك وقد بقى اثر فعله فى الاستعمال فلم يكن اخذا
وعند الائمة الثلثة الجلوس ايضا غصب (وحكمه) اى الغصب (الاثم ان علم) انه مال الغير وان ذلك الفعل
غصب واقدم عليه اما ان ظن انه ماله فالضمان ولا اثم اذ الخطأ مرفوع (ووجوب رد عينه) اى عين المغصوب
(فى مكان غصبه) اى غصب الغاصب اياها لاختلاف القيم باختلاف الاماكن (ان كانت) العين (قائمة)
بقوله صلى الله تعالى عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد اى يجب على اليد الغاصب رد ما اخذت حتى ترد فاذا
ردت سقط وجوب الرد (والضمان لو هلكت) اى العين سواء علم اولم يعلم وسواء هلك او اهلك لانه حق العبد
فلا يتوقف على علمه وقصده (فى المثلى) وهو ما يوجد له مثل فى الاسواق بلا تفاوت متعد به كما فى اكثر الكتب
لكن يشكل بنحو التراب والصابون فانه قيمى (كالكيلى والوزنى والعددى المتقارب) اى ما لا يتفاوت احاده فى
القيمة (يجب مثله) لان هذا الواجب ضمان جبر والجبر انما يتحقق بايجاب المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا
عليه بمثل ما اعتدى عليكم ورد العين هو الموجب الاصلى لانه اعدل واكمل ورد القيمة او المثل مخلص يصار
اليه عند تعذر رد القيمة ولهذا يطالب برد العين قبل الهلاك ولو اتى بالقيمة او المثل لا يعتد به لكونه قاصرا وكذا
يبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك بان سلمه اليه بجهة اخرى كما اذا وهبه له او اطعمه اياه فاكله والمالك
لا يدرى انه ملكه وفى الاطعام خلاف الشافعى كما فى شرح الكنز للعينى (فان انقطع المثل) عن ايدى الناس
(تجب قيمته يوم الخصومة) والقضاء عند الامام لان المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى فصار اصلا
فى ضمان العدوان وقاصر وهو المثل معنى هو القيمة والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الاصل لكونه خلفا عنه
ولا ينقطع الاحتمال بالانقطاع ولكن بالخصومة والقضاء ولذا لو صبر المالك الى مجئ اوانه كان له ان يطالب
بالمثل الكامل وبه قال مالك واكثر الشافعية وهو الصحيح كما فى القهستانى نقلا عن التحفة (وعند ابى يوسف يوم
الغصب) لان سبب الوجوب هو الغصب فتعتبر قيمته يومه وفى القهستانى هو اعدل الاقوال كما قال صدر الشريعة
وهو المختار على ما قال صاحب النهاية (وعند محمد يوم الانقطاع) لانه صار الان كالذى لا مثل له وبه قال احمد
وبعض الشافعية وبه افتى كثير من المشايخ كما فى القهستانى وفيه كلام لان يوم الانقطاع على قول محمد لا ضبط له
(فى القيمى كالعددى المتفاوت) كالثياب والحيوان والمثلى المخلوط بخلاف جنسه (نحو البر المخلوط بالشعير) والموزون

كتاب الغصب

الذى فى تبعيضه ضرر كالاوانى المصوغة بحيث تخرجه الصنعة عن المثلية بجعله نادرا بالنسبة الى اصله كالقمقم
والقدر والابريق (تجب قيمته يوم الغصب اجماعا) لانه لامثل له لان الصورة لما تعذر اعتبارها لتفاوتها اعتبر
المعنى وهو القيمة دفعا للضرر بقدر الامكان وقال مالك يضمن مثله صورة وفى المنح كل مكيل وموزون مشرف
على الهلاك مضمون بقيمته فى ذلك الوقت كسفينة موقورة اخذت فى الغرق والقى الملاح مافيها من المكيل
والموزون فى الماء يضمن قيمتها ساعتئذ وفى الصيرفية صب ماء فى طعام فافسده وزاد فى كيله فله ان يضمنه
قيمة الحنطة قبل ان يصب الماء فيه وليس له ان يضمنه طعاما مثله هذا اذا لم ينقله الى مكان فان نقله يضمن المثل
لانه ح غصب وهو مثلى يجب عليه المثل بخلاف مالو صب الماء فى موضع الذى فيه الحنطة بغير نقل (فان ادعى)
الغاصب (الهلاك) اى هلاك المغصوب (حبس) ذلك الغاصب اذا لم يرض المالك بالقيمة فانه مقر بالغصب
فاذا انكر اقام عليه بينة والصحيح انه تقبل البينة فى حق الحبس كما فى القهستانى (حتى يعلم) و يظن بمضى مدة موكولة
الى رأى القاضى (انه) اى المغصوب (لو كان باقيا لاظهره ثم يقضى) اى يقضى الحاكم (عليه) اى على الغاصب
(بالبدل) اى بدل المغصوب اى بالمثل فى المثلى و بالقيمة فى القيمى وفى التنوير ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد
الرد وادعى المالك الهلاك عند الغاصب واقاما البرهان فبرهان الغاصب اولى هذا عند محمد وعند ابى يوسف
بينة المالك اولى وفى المنح الغاصب او المودع المتعدى اذا قال لا اعرف قيمة المغصوب بعد هلاكه والمالك يقول قيمته
كذا درهما وهو لا يصدقه ولا يقر بشىء من القيمة ويقول لا اعرف قيمته فانه يحلف على دعوى المدعى فان لم يحلف
يكون حكمه حكم النكول يحكم عليه بعد العرض ثلثا ولو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبه مائة فالقول قول
الغاصب مع يمينه و يجبر على البيان لانه اقر بقيمة مجهولة فاذا لم يبين يحلف على مايدعى المغصوب منه من الزيادة
فان حلف يحلف المغصوب منه ايضا ان قيمة ثوبه مائة و يأخذ من الغاصب فاذا اخذ ثم ظهر الثوب كان
الغاصب بالخيار ان شاء رضى بالثوب وسلم القيمة للمغصوب منه وان شاء رد الثوب واخذ القيمة (والغصب انما)
هو فيما ينقل) لانه ازالة يد المالك باثبات يده وذلك يتصور فى المنقول ثم فرع عليه بقوله (فلو غصب عقارا) هو
ماله اصل وقرار كالضيعة والدار (فهلك فى يده) بان غلب السيل على الارض او هدم البناء بآفة سماوية
(لا يضمن) عند الشيخين لانتفاء الشرط هو النقل بل يرد لما مر ان الغصب ازالة اليد بفعل فى العين وهو لا يتصور
فى العقار لان يد المالك تزول عنه باخراجه وهو فعل فيه لا فى العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشى حتى تلف
لا يضمن لان منع المالك بالتبعيد فعل فيه لا فى المواشى (خلافا لمحمد) فان عنده يجرى الغصب فى العقار لان ازالة
اليد فيه يكون بما يمكن لا بالنقل و بقوله قال ابو يوسف اولا وزفر وهو قول الائمة الثلثة و به يفتى فى الوقف كما فى
شرح الكنز للعينى وغيره وفى المنح الفتوى فى غصب العقار والدور الموقوفة بالضمان وقال الاستروشنى وعماد الدين
فى فصوله والاصح انه اى العقار يضمن بالبيع والتسليم و بالجحود فى الوديعة اى اذا كان العقار وديعة عنده فجحده
كان ضامنا بالاتفاق و بالرجوع عن الشهادة بان شهدا على رجل بالدار ثم رجعا بعد القضاء ضمنا (وما نقص
منه) اى من العقار (بفعله كسكناه) اى سكنى الغاصب فى الدار المغصوبة (وزرعه) فى الارض المغصوبة
(ضمنه) اى النقصان بالاجماع كما فى النقلى لان ذلك اتلاف واهلاك والعقار يضمن به ولا يشترط لضمان الاتلاف
فى يده قيل فى تفسير النقصان انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل الاستعمال و بعده وقيل بل ينظر بكم
تباع قبل الاستعمال و بكم تباع بعده فيضمن تفاوت ما بينهما من النقصان وقال العينى وغيره وهو الاقيس
(و يأخذ) الغاصب (رأس ماله) وهو البذر وما غرم من النقصان وما انفق على الزرع (و يتصدق بالفضل) عند
الطرفين حتى اذا غصب ارضا فزرعها كرين فاخرجت ثمانية اكرار ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر
فانه يأخذ منه اربعة اكرار و يتصدق بالباقى (وعند ابى يوسف لا يتصدق به) اى بالباقى لان الزيادة حصلت
فى ضمانه وملكه لان ما ضمن من الغاصب يملكه بالضمان ولهما انه صار ملكا له ملكا خبيثا وحراما لخبث السبب
وهو التصرف فى ملك الغير فيكون سبيله التصدق (وكذا لو استغل العبد المغصوب) اى او آجر العبد المغصوب
واخذ غلته (فنقصه الاستغلال او آجر) المستعير (المستعار ونقص يضمن النقصان) لانه دخل جميع اجزائه فى ضمانه
فيجب عليه ضمان قيمة ما تعذر رده من اجزائه كلا او بعضا (وما فضل من الغلة والاجرة تصدق به) عند الطرفين
(خلافا له) اى لابى يوسف لما ذكرنا آنفا (وان تصرف فى الغصب او الوديعة فربح وهما يتعينان بالتعيين)
كالعروض ونحوها (تصدق بالربح) ولا يطيب له عند الطرفين (خلافا له) اى لابى يوسف (ايضا) اى
كالخلاف فى المسئلة التى قبلها (وان كانا) اى المغصوب والوديعة (لا يتعينان) كالنقدين فقد قال الكرخى على اربعة

اوجه

اوجه ذكرها المص بقوله (فان اشار) المتصرف (اليهما) اى الى دراهم الغصب او الوديعة (ونقدهما فكذلك)
لا يطيب له الربح و يتصدق به عندهما خلافا له (وان اشار الى غيرهما ونقدهما) اى دراهم الغصب او الوديعة (او اشار
اليهما ونقد غيرهما او اطلق) اطلاقا ولم يشر اليهما ولا الى غيرهما بل قال اشتريت بدرهم (و) لكن (نقدهما) اى دراهم
الغصب او الوديعة (طاب له الربح اتفاقا قيل و به) اى بعدم الطيب فى الاولى و بالطيب فى الصور الثلث الباقية (يفتى)
قائله صاحب الوقاية موافقا لما فى المحيط حيث قال الفتوى على قول الكرخى لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس
فى هذا الزمان وهذا قول الصدر الشهيد وفى الدرر و به كان يفتى الامام ابو الليث (والمختار) عند مشايخنا (انه لا يطيب
مطلقا) يعنى فى الصور كلها لاطلاق المبسوط والجامعين (ولو اشترى بالف الغصب او الوديعة جارية تعدل الفين
فوهبها او طعاما فاكله لا يتصدق بشىء) وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس كما فى الهداية
❊) فصل (❊ (وان غير ما غصبه) بالتصرف فيه احتراز عما اذا تغير بغير فعله بان صار العنب مثلا زبيبا بنفسه او الرطب
تمرا فالمالك يخير ان شاء يأخذه وان شاء يتركه و يضمنه (فزال) بذلك التغيير (اسمه) اى اسم المغصوب احتراز
عما اذا غصب شاة فذبحها فقط فان ملك مالكها لم يزل بالذبح المجرد اذ لم يزل اسمها به حيث يقال شاة مذبوحة لكن
اورد على ذلك بقولهم شاة مشوية مع انها تخالف المذبوحة فى الحكم (واعظم منافعه) اى اكثر مقاصده احتراز
عن دراهم سبكها بلا ضرب فانه وان زال اسمه لكن يبقى اعظم منافعه ولذا لا ينقطع حق المالك عنه كما فى المحيط
وغيره فلم يكن زوال الاسم مغنيا عن اعظم المنافع كما فى القهستانى فعلى هذا ان ما قال صاحب الدرر من انه يقل
اعظم منافعه لان من قاله قصدنا وله الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها
هريسة ونحوها يزول بالطحن ولا حاجة اليه لان قوله زال اسمه مغن عنه لانه يلزمه لبس بسديد بل هو عدم اطلاع على
ما قررنا نقلا عن المحيط وغيره تدبر (ضمنه) اى الغاصب المغصوب (وملكه) بتقرر الضمان على الغاصب كما هو المتبادر
واليه ذهب بعض المتقدمين وقال بعض المتأخرين ان سبب الملك الغصب عند اداء الضمان فلو ابى المالك عن
اخذ القيمة واراد اخذ المغير لم يكن له ذلك كما فى النهاية لكن حكى عن الامام مفتى الثقلين ان الصحيح عند المحققين
من مشايخنا على قضية مذهب اصحابنا انه لا يملك الا عند تراض الخصمين بالضمان او قضاء القاضى به او اداء البدل
كما فى القهستانى نقلا عن الذخيرة وعند الشافعى فى القول الاظهر لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابى يوسف
غير انه اذا اختار اخذ العين لا يضمن النقصان عنده فى الاموال الربوية وعند الشافعى يضمنه (ولا يحل انتفاعه)
اى انتفاع الغاصب (به) اى بالمغصوب المغير (قبل اداء الضمان) استحسانا والقياس الحل وهو رواية عن الامام
وقول الحسن وقول زفر لان ملكه ثبت بكسبه والملك مبيح للتصرف ولهذا لو وهبه او باعه صح وجه الاستحسان
ان فى اباحة الانتفاع به قبل الاداء فتحا لباب الغصب فيحرم الانتفاع لكن جاز للغاصب بيعه وهبته لانه مملوك له بجهة
محظورة كالمقبوض بالبيع الفاسد (كشاة ذبحها وطبخها او شواها او قطعها و بر طحنه او زرعه ودقيق خبزه وعنب
او زيتون عصره) قيد للعنب والزيتون (وقطن غزله وغزل نسجه وحديد جعله سيفا وصفر جعله آنية وساجة) بالجيم
وهو مفرد ساج وهو شجر عظيم صلب قوى ينبت ببلاد الهند وهى من اعز الاشجار و يستعمل فى بناء الدور وابوابها
واساسها واما اذا بنى عليها فلا ينقطع حق المالك لانه متعد فى البناء عليها والساجة من وجه كالاصل لهذا البناء
فيهدم للرد كما اذا بنى فى الارض المغصوبة (اولبنة بنى عليها) وهذه الاشياء تمثيلات للاعيان المغصوبة المتغيرة
بفعل الغاصب تغيرها ظاهر فيما عدا الساجة واما تغيرها فيها فلانها كانت نقلية والان صارت من العقار ولذا
استحق بالشفعة فيكون هالكا من وجه ومتغيرا من وجه والتغير يوجب انقطاع حق المالك وهو يملكها بهذه
التصرفات عندنا خلافا للشافعى وهو يضمنه النقصان وفى الذخيرة انما يزول الملك عن الساجة اذا كانت قيمتها اقل من
قيمة البناء واما اذا كانت اكثر منها فلا تزول عن ملكه كما فى شرح المجمع (وان جعل الفضة او الذهب دراهم او دنانير او)
جعل الفضة او الذهب (آنية لا يملكه) اى المجعول (وهو لمالكه بلا شىء) فى مقابلة الجعل عند الامام لان الجودة
والصنعة فى الاموال الربوية عند مقابلتها بجنسها لا قيمة لها ولهذا لو غصب حليا فكسره ثم رده الى مالكه لا يضمن
(وعندهما يملكه الغاصب وعليه) اى على الغاصب (مثله) اى مثل الذهب والفضة لتبدل الاسم بالصنعة (فان ذبح)
الغاصب (الشاة) بغير اذنه (فالمالك) يخير (ان شاء طرحها) اى الشاة (عليه) اى على الغاصب (وضمنه قيمتها)
اى الشاة المذبوحة (او اخذها) اى الشاة (وضمنه نقصانها) اى الشاة بذبحها لوجود نقصان بعض منافعها كالدر
والنسل دون بعض اذ لحمها منتفع به وروى الحسن عن الامام انه ليس له ان يضمنه النقصان اذا اخذ اللحم لان الذبح
والسلخ زيادة فيها والاول هو الظ (وكذا لو قطع يدها) اى الشاة لان قطع اليد او الرجل كالذبح فى الحكم فله الخيار

المذكور فى الذبح (اوقطع طرف دابة غير ماكولة) وظاهر كلام المص انه يخير فيه ايضا بين تضمين جميع قيمتها وتركها له وبين تضمين نقصانها لكن مافى اكثر الكتب المعتبرات يخالف ظاهره لانهم قالوا لوكانت الدابة غير ماكولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث يضمنه نصف قيمته مع اخذه انتهى وفى الفرائد تفصيل وحاصله ان العلماء اختلفوا ففرق بعضهم بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم كما فى الهداية ومختار الفتاوى وشروح الكنز والدرر وغيرها وبعضهم سوى بينهما والمص اختار التسوية بينهما فلهذا قال اوقطع طرف دابة غير ماكولة معطوفا على ماقبله انتهى لكن التسوية على قول محمد فقط لما فى الخانية واوذبح حمار غيره ليس له ان يضمنه النقصان فى قول الامام ولكن يضمنه جميع القيمة وعلى قول محمد ان ذبح حمار غيره فللمالك ان يمسك الحمار ويضمنه النقصان وان شاء ضمنه كل القيمة فلا يمسك المذبوح وان قتله فلا فليس له ان يضمنه النقصان وقال محمد ان كان له قيمة بعد قطع اليد والرجل فان شاء ضمنه جميع القيمة وان شاء امسك الدابة ويضمن النقصان والاعتماد على قول الامام انتهى فعلى هذا ان ماقال صاحب الفرائد ليس بشئ بل الصواب ان يقال ان مراد المص من قطع طرف دابة غير ماكولة الدابة التى يمكن الانتفاع بما بقى قيمة لما فى النهاية نقلا عن النوادر اذا قطع اذن الدابة اوذنبها يضمن النقصان فلهذا قال من قطع طرف دابة غير ماكولة ولم يقل يد دابة او رجلها وكذا يضمن النقصان لوقال صاحب الدابة انى اضمنه النقصان ولو اسلم الجلد اليه ان كان لجلدها ثمن تتبع

اوخرق (الثوب) اى يخير ايضا لوخرق ثوب الغير (خرقا فاحشا فوت) الجملة صفة خرقا (بعض العين و بعض نفعه) لاكله لانه لوفوت كل النفع ضمنه كل القيمة هذا تفسير الخرق الفواحش على الصحيح وفى التبيين والصحيح ان الفاحش مايفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين و بعض المنفعة واليسير مالايفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان فى المنفعة وفى النهاية ان الفاحش هو المستأصل للثوب وهو ان يجعل الثوب لايصلح الاللخرق ولايرغب فى شرائه وعزاه الى الحلوانى قلت وفى المجتبى والصحيح ماحده محمد له وهو ان يفوت بعض العين وجنس من منافعه ويبقى بعض العين وبعض المنفعة وقيل يرجع فى ذلك الى الخياطين وقيل ان كان طولا ففاحش وان كان عرضا فيسير والكل فى المنح (وفى) خرق يسير (نقصه) اى نقص الخرق الثوب والجملة صفة يسير (ولم يفوت شيئا من النفع يضمن) الخارق (نقصانه) يعنى مع اخذ عينه وليس له غير ذلك لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله عيب فنقص لذلك فكان له ان يضمنه النقصان (ولو بنى رجل فى ارض غيره اوغرس) فيها شجرا (امر) البانى والغارس (بالقلع) فى ظاهر الرواية (والرد) اى رد الارض الى المالك لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق اى لذى عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم مجازا كما يقال صام نهاره وقام ليله هذا اذا كانت الارض لاتنقص بالقلع (وان كانت تنقص بالقلع فللمالك ان يضمن له) اى للغاصب (قيمتهما) اى قيمة البناء والغرس (مأمورا بقلعهما) لان فيه دفع الضرر عنهما وانما يضمن قيمته مقلوعا لانه مستحق القلع ثم بين طريق معرفة قيمتهما بقوله (فتقوم الارض بلا شجر او بناء) بمائة مثلا (وتقوم مع احدهما) بمائة وعشرة حال كونه (مستحق القلع) ثم ينقص منها اجرة القلع هى درهم فيبقى مائة وتسعة دراهم (فيضمن) المالك (الفضل) هو التسعة قال المشايخ هذا اذا كانت قيمة البناء اوالغرس اقل من قيمة الارض واما اذا كانت قيمة البناء اوالغرس اكثر من قيمة الارض فلا يقال للغاصب اقلع البناء اوالغرس ورد الارض بل يضمن قيمة الارض فيملكها بالضمان وبه يفتى بعض متأخرين لكن ظاهر الرواية ماذكر فى المتن وبه يفتى البعض فى زماننا سدا لباب الظلم هذا اذا كانت الارض ملكا اما اذا كانت وقفا فيؤمر بالقلع والرد مطلقا وفى التبيين وعلى هذا لوابتلعت دجاجة لؤلؤة ينظر ايهما اكثر قيمة فلصاحبه ان يأخذ ويضمن قيمة الاخر وعلى هذا التفصيل لوادخل فصيل غيره فى داره وكبر فيها ولايمكن اخراجه الابهدم الجدار وعلى هذا التفصيل لوادخل البقر رأسه فى قدر من النحاس فتعذر اخراجه (وان صبغ) الغاصب (الثوب) الذى غصبه (احمر اواصفر اولت السويق) الذى غصبه (بسمن فالمالك) بالخيار (ان شاء ضمنه) اى الغاصب (قيمة) ثوبه حال كونه (ابيض) اى اخذ قيمة ثوب ابيض لانه متلف من وجه (و) ضمنه (مثل سويقه) لكونه مثليا وترك ماغصبه الغاصب له (اواخذهما) اى ان شاء اخذ الثوب والسويق (وضمن مازاد الصبغ والسمن) فى الثوب والسويق لان الصبغ مال متقوم كالثوب ويغصبه وصبغه لايسقط حرمة ماله ويجب صيانتهما ما امكن وذا فى ايصال معنى مال احدهما اليه وايفاء حق الاخر فى عين ماله وهو فيما قلنا من التخيير الا انا اثبتنا الخيار لرب الثوب لانه صاحب اصل والغاصب صاحب وصف كما فى الدرر وعند الشافعى يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الامكان ويسلمه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان (وان صبغه) اى الثوب (اسود ضمنه) اى المالك (قيمته ابيض او اخذه

(بلارد شئ لانه) اى الصبغ بالسواد نقص عند الامام (وعندهما الاسود كغيره وهو) اى الاختلاف بين الامام وبينهما (اختلاف زمان) فان بنى امية فى زمانه كانوا يمتنعون عن لبس السواد وفى زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد فاجاب كل على ماشاهده وفى التنوير رد غاصب الغاصب المغصوب على الغاصب الاول يبرأ عن ضمانه كما لوهلك المغصوب فى يد غاصب الغاصب فادى القيمة الى الغاصب اذا كان قبضه القيمة معروفا غصب شيئا ثم غصبه اخر منه فاراد المالك ان يأخذ بعض الضمان من الاول و بعضه من الثانى له ذلك الاجازة لاتلحق الاتلاف فلو اتلف مال غيره تعديا فقال المالك اجزت اورضيت لم يبرأ من الضمان كسر الغاصب الحطب فاحشا لايملكه ولوكسره الموهوب له لم ينقطع الرجوع * (فصل * فى بيان مسائل تتصل بمسائل الغصب (وان غيب ماغصبه) اى ان جعل الغاصب المغصوب غائبا (وضمن قيمته) للمالك (ملكه) اى الغاصب المغصوب ان كان قابلا للنقل من ملك الى ملك هذا عندنا لان المالك ملك البدل بكماله فيملك الغاصب المبدل والالزم اجتماع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد فلا توجد العدالة بل يقع الضرر فيملك الغاصب المبدل كما ملك المالك البدل تحقيقا للعدالة بينهما ودفعا للضرر حتى لوكان المغصوب قريب الغاصب يعتق عليه باداء الضمان عندنا وقال الشافعى لايملكه الغاصب لان الغصب محظور فلا يصلح سببا للملك (مستندا الى وقت الغصب) وكل شئ ثبت مستندا فهو ثابت من وجه دون وجه فيكون ناقصا فلا يظهر اثره فى حق الاولاد ويظهر فى حق الاكساب وعن هذا قال (ونسلم له الاكساب) للتبعية (دون الاولاد) لان تبعيتهم فوق تبعية الاكساب الايرى ان ولد المدبر والمكاتب مدبر ومكاتب ولايكون اكسابهما مدبرا ومكاتبا (والقول فى القيمة) عند اختلافهما فيها (للغاصب مع يمينه) لانه منكر (ان لم يبرهن مالكه على الزيادة) التى ادعاها فان اقيمت حجتها وجبت تلك الزيادة ولم يعتبر قول الغاصب ح لان المالك اثبته بالحجة الملزمة وفيه اشعار بانه لولم يقم واقام الغاصب حجة القلة لم تقبل وهو الصحيح بل يحلف على دعواه لان بينته تنفى الزيادة والبينة على النفى لاتقبل وقال بعض مشايخنا ينبغى ان تقبل لاسقاط اليمين عن نفسه كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام بينة على ذلك قبلت وكان القاضى ابو على النسفى يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح كما فى النهاية وغيرها وفى المنح الغاصب او المودع المتعدى اذا قال لااعرف قيمة المغصوب بعد هلاكه والمالك يقول قيمته كذا درهما وهو لايصدقه ولايقر بشئ من القيمة و يقول لااعرف قيمته فانه يحلف على دعوى المدعى فان لم يحلف يكون حكمه حكم النكول وهل يشترط ذكر اوصاف المغصوب فى دعوى الغصب ام لا الاصح عدم الاشتراط قال محمد فى الاصل اذا ادعى رجل على رجل انه غصب منه جارية له واقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجئ بها و يردها على صاحبها وتمامه فى العناية فليراجع (فان ظهر) المغصوب الغائب (وقيمته اكثر) اى حال كون قيمته اكثر مما ضمن الغاصب به (و) الحال انه (قد ضمنه) الغاصب (بقول المالك او ببرهانه او بالنكول) اى بنكول الغاصب عن اليمين (فهو) اى المغصوب (للغاصب ولاخيار للمالك) لانه رضى به لادعائه هذا القدر وينفذ بيع غاصب ضمن القيمة بعد بيعه (وان ضمنه) الغاصب (بقوله) اى بقول الغاصب مع يمينه (فالمالك) بالخيار (ان شاء امضى الضمان) اى اجاز ضمانه بان رضى بالبدل وترك المغصوب فى يد الغاصب (او) ان شاء (اخذه) اى المغصوب الظاهر من الغاصب (ورد عوضه) الذى اخذه من الغاصب لانه لم يرض بزوال عينه بهذا المقدار لادعائه الزيادة فيصير اخذه لضرورته عن اقامة البينة قال العينى وغيره ولوظهر المغصوب وقيمته مثل ماضمنه اواقل فى هذه الصورة وهى ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه قال الكرخى لاخيار له لانه توفر عليه مالية ملكه بكماله وفى ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الاصح (واو برهن كل من المالك والغاصب على الهلاك عند الاخر) اى لواقام الغاصب البينة على انه رد المغصوب الى المالك فهلك عنده واقام المالك بينة على انه هلك عند الغاصب (فبينة الغاصب اولى) عند محمد لان الضمان ثابت بنفس الغصب فلا حاجة الى اثباته لكن الغاصب يدعى زواله والمالك ينكره فبينة الغاصب تكون اولى وفى المجمع وهذا ظاهر المذهب (خلافا لابى يوسف) فان عنده بينة المالك اولى لانها مثبتة للضمان ولم ينقل عن الامام شئ وفى الجواهر ولوشهدوا ان الغاصب غصب هذا العبد ومات عنده وشهد شهود الغاصب انه مات فى يد المالك لم تسمع بينة الغاصب وروى عن محمد فى الاملاء ان البينة بينة الغاصب ولو اقام المالك البينة ان الغاصب غصب يوم النحر بالكوفة واقام الغاصب البينة انه كان يوم النحر بمكة هو والعبد فالضمان واجب على الغاصب ولوشهد احدهما انه غصب هذا العبد منه وشهد آخر على اقراره بالغصب لم تقبل (ومن غصب عبدا فباعه) اى الغاصب المغصوب (فضمنه) المالك قيمته (فتبعه) اى تبع الغاصب (وان اعتق فضمنه) بعده

لاينفذ عتقه والفرق ان ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا كامر وهو يكفى لنفاذ البيع دون العتق الاترى ان البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه (وزوائد المغصوب غير مضمونة مالم يتعد) الغاصب (فيها) اى فى الزوائد (او يمنعها بعد طلب المالك اياها) اى الزوائد (سواء كانت متصلة كالحسن والسمن اومنفصلة كالولد والثمر) لانها امانة وحكمها هذا وقال الشافعى عليه الضمان مطلقا لوجود حد الغصب لما مر هو اثبات اليد المبطلة فحسب عنده ولنا ان سبب الضمان اخراج العين من ان تكون منتفعا بهـا فى حق المالك ولم يوجد الا اذا وجد مايفوت حقه كالتعدى والمنع بعد الطلب فحينئذ يتحقق حد الغصب لانه صار مزيلا على المالك يد التصرف والانتفاع ويستثنى منه منافع غصب الوقف فانها تضمن وعليه الفتوى كما فى القهستانى نقلا عن العمادى (وان نقصت الجارية بالولادة فى يد الغاصب) اى اذا ولدت الجارية المغصوبة التى حبلت عند الغاصب ولدا ونقصت بالولادة (ضمن) الغاصب (نقصانها) اى الجارية (و) لكن (يجبر) النقصان (بقيمة الولد) قال زفر والشافعى لايجبر النقصان بالولد لانه ملكه فكيف يجبر ملكه بملكه كالوجز صوف شاة الغير ونتف اخر فلا يفيد اتحاد سبب الزيادة والنقصان فيلزم عليه الضمان ولنا ان سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لانها اوجبت فوات جزء من مالية الام وحدوث مالية الولد فاذا صار مالا انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان (او) يجبر (بالغرة) لانها كالولد لكونها قائمة مقامه لوجو بها بدلا عنه (ان وفت) قيد لقيمة الولد والغرة معا اى يجبر النقصان بقيمة الولد ان كان فى قيمته وفاء و يسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن وفاء به يسقط بحسابه وكذا يجبر النقصان بالغرة ان فيها وفاء به و يسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن وفاء يسقط بحسابه ايضا (ولوزنى) الغاصب (بامة غصبها) فحبلت (فردها) اى الامة (حاملا فولدت فماتت) عند المالك (بها) اى بسبب الولادة فى نفاسها (ضمن) الغاصب (قيمتها يوم علوقها) عند الامام لان ما انعقد فيها من العلوق هو سبب التلف فلا يوجد الرد بعد ذلك على الوجه الذى غصبها كما اذا جنت فى يد الغاصب وقتلت فى يد المالك (بخلاف الحرة) يعنى لو اخذها مكرهة فزنى بها فردها حاملا فولدت وماتت لايضمن الغاصب ديتها لان الحرة لاتكون مضمونة بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد (وعندهما لايضمن فى الامة ايضا) اى كالحرة بل يضمن نقصان الحبل وهو قول الائمة الثلاثة لان سبب التلف هو الولادة فى يد المالك بعد صحة الرد من الغاصب لان العيب لايمنع صحة الرد ولكنها معيبة بالحبل فيجب عليه نقصان العيب (ولوردها محمومة) اى لو غصب امة فحمت ثم ردها محمومة (فماتت لايضمن) الغاصب الا النقصان الحمى اتفاقا كما فى البزازية وغيرها لان الموت يحصل بزوال القوى وانه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد فى يد الغاصب فيجب عليه قدر ما كان عنده دون الزيادة وفى الجواهر اذا غصب صبيا حرا من اهله فمرض ومات فى يده فلا ضمان عليه وكذا اذا اصابه شئ من السماء ولو عقره سبع اونهشته حية فالغاصب ضامن وفى نسخة فعلى عاقلة الغاصب الدية (وكذا لوزنت) الامة المغصوبة (عنده) اى عند الغاصب (فردها) اى الامة (فجلدت) فى يد المالك (فماتت منه) اى من الجلد لايضمن الغاصب الا النقصان الزنا لانه الحاصل عنده لاسبب الموت وهو الجلد (ولايضمن) الغاصب (منافع ماغصبه سواء سكنه) اى فيما غصبه (اوعطله) اى جعله معطلا هذا عندنا وعند الشافعى واحمد يضمن فيجب اجر المثل لانها مال متقوم مضمونة بالعقود كالاعيان وعند مالك يضمن بالاجر فى السكون لافى التعطيل ولنا ان عمر وعليا رضى الله عنهما حكما بوجوب قيمة ولد المغرور وحريته وردالجارية مع عقرها على المالك ولم يحكما بوجوب اجر منافع الجارية والاولاد مع علمهما ان المستحق يطلب جميع حقه وان المغرور كان يستخدمها مع الاولاد ولو كان ذلك واجبا لما سكتا عن بيانه بوجوبه عليهما ولعدم المماثلة بين المنافع والدراهم لانعدام البقاء فى المنافع فلا يكون تقومها لذاتها بل لضرورة عند ورود العقد ولاعقد هنا واما اذا انتقص بالاستعمال فيضمن لاستهلاكه بعض اجزاء العين (الا فى الوقف) وكذا فى مال اليتيم والمعد للاستغلال ذكر صدر القضاة وتصير الدار معدة للاستيجار اذا بناها لذلك اواشتراها لذلك اوتواجر ثلث سنين على الولاء ويشترط علم المستعمل بكونها معدة حتى يجب الاجر واستثنى صاحب المنح فقال الا اذا سكنها بتأويل ملك اوعقد يعنى منافع المعد للاستغلال مضمونة فى كل الاحوال الا فيما اذا كرمن السكنى بتأويل ملك اوعقد كبيت سكنه احد الشريكين اما فى الوقف اذا سكنه احدهما بالغلبة بدون اذن الاخر سواء كان موقوفا للسكنى اوللاستغلال فانه لايجب الاجر واما السكنى بتأويل العقد لما تقدم عن القنية من سكنى المرتهن بتأويل عقد الراهن انتهى (ولا) يضمن ايضا (خمر المسلم اوخنزيره بالاتلاف) سواء كان المتلف مسلما اوذميا لعدم تقومهما فى حق المسلم والعبرة لجانب التلف عليه

دون

دون المتلف (وضمن) المتلف (القيمة فيهما لوكانا) اى الخمر والخنزير (لذمى) لانهما مال فى حقه وقد امرنا ان نتركهم وما يدينون وعند الشافعى لايضمن لعدم التقوم ايضا فى حق الذمى لكونه تابعا فى الاحكام لنا (وان اتلف ذمى خمر ذمى ضمن مثلها) لقدرته عليه ولو اسلم الطالب بعد ما قضى له بمثلها فلا شئ على المطلوب لان الخمر فى حقه ليست بمتقومة فكان باسلامه مبرياله عما كان فى ذمته من الخمر وكذا لو اسلما ولو اسلم المطلوب وحده او اسلم المطلوب ثم الطالب بعده قال ابو يوسف لايجب عليه شئ وهو رواية عن الامام وقال محمد يجب عليه قيمة الخمر وهو رواية عن الامام وفى التنوير بخلاف ما اشتراها اى الخمر من الذمى وشربها فلا ضمان عليه (ولا ضمان باتلاف الميتة ولو) وصلية (لذمى) لان احدا لايعتقد تمولها (ولا) ضمان (باتلاف متروك التسمية عمدا ولو) وصلية (لمن يبيحه) من المسلمين لان استحلال متروك التسمية مخالف لنص الكتاب والخصم مؤمن به فتثبت ولاية المحاجة فلا يجب على متلفه الضمان ولا على من اشتراه الثمن ولا ينعقد صحيحا (وان غصب خمر مسلم فخللها) اى صيرها خلا (بما لاقيمة له) كالنقل من الشمس الى الظل اومن الظل الى الشمس (اخذها المالك بلا شئ) لان التخليل بما ذكر تطهير لها بمنزلة غسل الثوب النجس فلا يوجب المالية فيبقى على ملك المغصوب منه (فلو اتلفها) اى الخمر التى تصير خلا (الغاصب) قبل ان يردها الى المالك (ضمنها) لان المغصوب واجب الرد عليه فاذا فوته عليه وجب عليه قيمته خلفا عنه (لا) يضمن (لو تلفت) بلا صنعه لانه لم يوجد منه التفويت (وان خلل) الغاصب الخمر (بالقاء ملح) ذى قيمة ونحوه (ملكها) اى الخمر التى تصير خلا (ولا شئ) للمالك (عليه) اى الغاصب عند الامام لان الخمر لم تكن متقومة والملح مثلا متقوم فترجح جانب الغاصب فيكون له بغير شئ (وعندهما يأخذها المالك ان شاء و يرد قدر وزن الملح من الخل) هكذا ذكروه كانهم اعتبروا الملح مايعا لانه يذوب فيكون اختلاط المايع بالمايع فيشتركان عندهما (فلو اتلفها الغاصب لايضمن) عند الامام (خلافا لهما) لما سيأتى فى دبغ الجلد (وان خللها بالقاء خل ملكها ولا شئ للمالك عند الامام) واو بمرور الزمان لانه استهلاك الخمر الغير المتقومة فى حق المسلم كما لواراقها والخلط استهلاك عنده (وكذا) ملكها الغاصب ولا شئ للمالك (عند محمد ان تخللت من ساعتها) لانه استهلاك (والا) اى وان لم يتخلل من ساعتها بل بعد زمان (فالخل بينهما على قدر ملكيهما) وفى التبيين وعندهما ان صارت خلا من ساعتها فكما قال الامام وان صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقهما كيلا لانه لم يستهلك الخمر فيصير فى التقدير كانه خلط الخل بالخل والخلط ليس باستهلاك عند محمد وان كان مايعا لان الجنس لايهلك بجنسه وقيل ظاهر الجواب فيها انه يقسم بينهما على قدر حقهما سواء صارت خلا من ساعتها او بعد حين اما عندهما فلا يشكل لان الخلط ليس باستهلاك وكذا عند الامام لان الخلط انما يوجب زوال الملك اذا كان يوجب الضمان وهنا قد تعذر وجوب الضمان لان خمر المسلم لايضمن بالاتلاف فصار كما اذا اختلط بنفسه من غير صنعه ولو استهلكه الغاصب فى هذه الرواية ينبغى ان يجب عليه الضمان اجماعا كما فى النهاية انتهى (وان غصب جلد ميتة فدبغه بما لاقيمة له) كالتراب والشمس (اخذه المالك بلا شئ) اذ ليس فيه مال متقوم للغاصب وكانت الدباغة اظهارا للمالية والتقوم فصارت كغسل الثوب (فلو اتلفه الغاصب ضمن قيمته مدبوغا) اتفاقا وقيل طاهرا (غير مدبوغ) لان وصف الدباغة هو الذى حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صنعة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته (وان دبغه) اى الغاصب الجلد المصبوغ (بما له قيمة) كالعفص والقرظ (يأخذه المالك ويرد مازاد الدبغ) لانه بهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم فيأخذ الجلد ويعطى مازاد الدباغ فيه وطريق معرفته ماذكره بقوله (بان يكون مدبوغا وذكيا غير مدبوغ ويرد) المالك الى الغاصب (فضل ما بينهما) كما فى الثوب المصبوغ (وللغاصب ان يحبسه) اى الجلد (حتى يستوفى حقه) لان فعل الغاصب متقوم لاستعماله مالا متقوما فيه كحبس المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الابق بالجعل (وان اتلفه) اى الغاصب الجلد المدبوغ بما له قيمة (لايضمن) عند الامام لان تقوم الجلد المذكور قد حصل بمال الغاصب وصنعه فقام حقه فيه ولذا كان له ان يحبسه حتى يستوفى مازاده الدباغ لما مر ان صنعته متقومة لانفاقه فيه مالا متقوما فصار الجلد تابعا لها فى حق التقوم لانه لم يكن متقوما قبل الدباغة ثم الاصل وهو الصنعة والمال غير مضمونة عليه بالاتلاف فكذا التابع غير مضمون من غير صنعة وفى الباقانى على صدر الشريعة فى هذا المحل كلام لكن دفعه ابن الشيخ فى شرح الوقاية فليراجع (وعندهما يضمنه مدبوغا الا قدر مازاد الدبغ) لانه استهلك مالا متقوما للمالك فعليه الضمان (ولو تلف لايضمن اتفاقا) لعدم صنعه (ومن كسر لمسلم بربطا اوطبلا اومزمارا اودفا اواراق له) اى لمسلم (سكرا) بفتحتين اسم للنئ من ماء الرطب اذا غلا واشتد (اومنصفا) هو ماذهب نصفه بالطبخ وغلا واشتد (ضمن قيمته صالحا لغير اللهو) ففى البربط يضمن الخشب

الصالح للاستعمال وكذا الباقى وفى سكر ونحوه يضمن قيمته صالحا لكونه خلا وغيره (ويصح بيع هذه الاشياء) عند الامام لانها اموال لصلاحيتها لما يحل به الانتفاع وان صلحت بما لا يحل فصار كالامة المغنية والحمامة الطيارة (وقالا لا يضمن ولا يجوز بيعها) لان هذه الاشياء اعدت للمعصية فيبطل تقومها وبقولهما قالت الائمة الثلثة (وعليه الفتوى) لفساد الزمان فيما بين الناس حتى ذكر الصدر الشهيد ان البيت يهدم على من اعتاد الفسق وانواع الفساد وانه لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين وباراقة العصير قبل ان يشتد على من اعتاد الفسق وقيل الاختلاف فى الدف والطبل الذى يضرب للهو فاما طبل الغزاة او طبل الحاج او طبل الصيد او الدف الذى يباح ضربه فى العرس او يلعب به الصبية فى البيت فيضمن بالاتفاق بالاتلاف كما فى شرح الكنز للعينى (ومن غصب مدبرة فماتت فى يده) اى الغاصب (ضمن) الغاصب (قيمتها) بالاتفاق لتقومها وكذا الحكم لو غصب مدبرا فلا فائدة فى التخصيص سوى التوطئة والمناسبة لقوله (ولو) غصب (ام ولد) فماتت فى يده (فلا ضمان) عليه عند الامام لعدم تقومها عنده (خلافا لهما) فان عندهما يضمن قيمتها لتقومها عندهما وبقولهما قالت الائمة الثلثة (ولو شق الزق لاراقة الخمر) التى فيه (لا يضمنه عند ابى يوسف) لانه قد لا يتيسر الاراقة الا بالشق فيكون مأذونا فيه (خلافا لمحمد) هو يقول ان الاراقة ممكنة بدون الشق فيضمن الزق لانه مال متقوم (ولا ضمان على من حل قيد عبد غيره او) حل (رباط دابته) اى دابة غيره (او فتح اصطبلها) اى اصطبل دابة الغير (او) فتح (قفص طير) غيره (فذهب) العبد او الدابة او الطير عقيب ذلك الفعل هذا عند الشيخين لانه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار وهو ذهاب العبد والدابة وطيران الطيور واختيارهم صحيح وتركهم منهم متصور والاختيار لا ينعدم بانعدام العقل فيضاف التلف الى المباشرة دون التسبب كما فى الاختيار (خلافا لمحمد فى الدابة والطير) لانه فرق بين ذى العقل وغيره ذكر هذا الخلاف صدر الشريعة والمفهوم من الشمنى وغيره ان الخلاف فى الطير لانه قال وعن محمد يضمن فى الطائر سواء طار من فوره او مكث ساعة ثم طار لان الطائر مجبول على النفار قيدنا بالذهاب عقيب الفتح لانه لو مكث ساعة ثم ذهب لا يضمن عندنا وعند الشافعى خلافا لمحمد فى رواية وفى الاختيار ذهبت دابة رجل ليلا او نهارا بغير ارسال صاحبها فافسدت زرع رجل لا ضمان عليه لانها ذهبت باختيارها وفعلها هدر وان ارسلها ضمن رجل وجد فى زرعه وداره دابة فاخرجها فهلكت او اكلها الذئب لم يضمن لان له ولاية الاخراج وان ساقها بعد الاخراج ضمن (ولا) ضمان (على من سعى الى سلطان بمن يؤذيه ولا يندفع) عنه (الا بالسعى) والرفع اليه لان دفع الايذاء عن نفسه حقه فلا يلزم الضمان لما اخذه السلطان اما لو كان دفع الايذاء ممكنا بلا سعاية فسعى اليه فيلزم الضمان (او) لا ضمان للساعى (بمن يفسق ولا يمتنع بنهيه) اى الساعى لوجوب دفع المنكرات بما امكن (ولا) ضمان (على من قال لسلطان قد يغرم وقد لا يغرم ان فلانا وجد مالا) هذه الجملة مقول قول (فغرمه شيئا) لا يضمن الساعى لانتفاء التسبب فى هذه الصور بتوسط فعل فاعل مختار (وان كان عادته) اى عادة السلطان (ان يغرم البتة ضمن) الساعى لوجود التسبب (وكذا) ضمن الساعى (لو سعى بغير حق عند محمد زجراله وبه) اى بقول محمد (يفتى) لكثرة السعاة فى زماننا وعند الشيخين لا يضمن الساعى لما مر وفى التنوير ولو مات الساعى للمسعى به ان يأخذ قدر الخسران من تركته (ولو اطعم الغاصب المغصوب مالكه برئ وان) وصلية (لم يعلمه) اى وان لم يعلم الغاصب المالك انه طعامه لانه عين ماله وصل اليه فلا يضمنه ثانيا وكذا فيما اذا البس الثوب المغصوب مالكه خلافا للشافعى وفى الغرر امر شخص عبد غيره بالاباق او قال اقتل نفسك ففعل وجب على الآمر قيمته ولو قال له اتلف مال مولاك فاتلف لا يضمن استعمل عبد الغير لنفسه وان يعلم انه عبدا وقال ذلك العبد انى حر ضمن قيمته ان هلك ولو استعمله لغيره لا يضمن ✱) كتاب الشفعة (✱ تناسب الكتابين من حيث ان كلا منهما يفضى الى تملك مال الانسان بغير رضاه الا ان الغصب يصلح شيئا لتملك مال والشفعة لا تجرى الا فى العقار فلذلك قدم الغصب مع كونه عدوانا (هى) اى الشفعة لغة فعلة بالضم بمعنى مفعول من قولهم كان هذا الشئ وترا فشفعته باخر اى جعلته زوجا له فهى فى الاصل اسم للملك المشفوع بملك ولم يسمع منها فعل ومن لغة الفقهاء باع الشفيع الدار التى يشفع بها اى تؤخذ بالشفعة كما فى القهستانى ومنه شفاعة النبى صلى الله تع عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفائزين وفى الشرع (تملك العقار) وهو الضيعة وقيل ماله اصل من دار وضيعة وما فى حكمه كالعلو دون المنقول كالشجر والبناء فانه من منقول لم تجب الشفعة فيه الا بتبعية العقار كالدار والكرم والرحى والبئر وغيرها (على مشتريه) اى الذى اى بالثمن الذى (قام عليه) اى على المشترى (جبرا) اى من حيث الجبر ومعناه اللغوى وهو موجود

فيه مع زيادة اوصاف كالتملك وعلى وجه الجبر وقيل هى ضم بقعة مشتراة الى عقار الشفيع بسبب الشركة او الجوار وهذا احسن كما فى شرح الكنز للعينى وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشترى لانها تجب لدفع ضرر الدخيل عنه على الدوام بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث اعلاء الجدار وايقاد النار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار وايقاف الدواب لا سيما اذا كان يضاده كما قيل اضيق السجون معاشرة الاضداد وشرطها ان يكون المحل عقارا سفلا كان او علوا احتمل القسمة او لا وان يكون العقد عقد معاوضة مال بمال وركنها اخذ الشفيع من احد المتعاقدين عند وجود سببها مع شرطها وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب وصفتها ان الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والعيب (وتجب) اى تثبت ولاية الشفعة (بعد البيع) الصحيح او فاسد انقطع فيه حق المالك (وتستقر بالاشهاد والطلب فى الحال) حتى لو اخر ساعة قبل الاستقرار تبطل شفعته لان حقها ضعيف متزلزل فلا بد من الطلب والاشهاد فى الحال فاذا اشهد استقر فبعد ذلك لا تبطل بالتأخير (وتملك بالاخذ بقضاء او رضاء) والصواب ان يقول وتملك بالقضاء او الاخذ بالرضاء كما فى الغرر لان القاضى اذا حكم يثبت الملك للشفيع من غير اخذ وحاصله انه يملك العقار المشفوع باحد الامرين اما بالاخذ اذا سلمها المشترى برضاه او بحكم الحاكم من غير اخذ كما فى اكثر المعتبرات تأمل (وانما تجب) اى تثبت الشفعة (للخليط) وهو الشريك الذى لم يقاسم (فى نفس المبيع) وهذا بالاجماع (فان لم يكن) اى وان لم يوجد الخليط فى نفس المبيع (او) وجد ولكن (سلم) الشفعة (فللخليط فى حق المبيع كالشرب) بكسر الشين وهو الشريك الذى لم يخالط (والطريق الخاصين) ثم فسر ذلك بقوله (كنهر لا تجرى فيه السفن) اى اصغر السفن مثال للشرب الخاص (وطريق لا ينفذ) مثال للطريق الخاص حتى اذا كانا عامين لم يستحق بهما الشفعة فالنهر العام عند الطرفين ما تجرى فيه السفن كدجلة وفرات وذكر شيخ الاسلام اختلفوا فيه فقيل الخاص ما يتفرق ماؤه بين الشركاء ولا يبقى اذا انتهى الى اخر الاراضى ولا يكون له منفذ والعام ما يتفرق ويبقى وله منفذ وعامة المشايخ على انه ما كان شركاؤه لا يحصون واختلفوا فيما لا يحصى من خمسمائة اوما ئة او اربعين او عشرة وعن ابى يوسف الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام والاصح انه مفوض الى رأى كل مجتهد فى زمانه وهو اشبه الاقاويل (ثم) تثبت بعد الطريق (للجار الملاصق) اى الجار له عقار واحترز به عما يكون وقفا او اجارة او وديعة لانها لا تثبت فيها لما فى التجريد لا شفعة فى الوقف ولا بجواره (ولو بابه فى سكة اخرى) والظاهر ان واو وصلية لكن الاولى ان يقول لو كان بابه فى سكة اخرى بدون الواو لانه ان كان بابه فى تلك السكة كان خليطا فى حق المبيع فلا يكون جارا ملاصقا فلهذا قال صاحب الهداية وغيره فى تفسير الجار الملاصق هو الذى داره على ظهر الدار المشفوعة وبابه فى سكة اخرى وقال الشافعى لا شفعة بالجوار بل بالشركة فى البقعة لقوله عليه السلام الشفعة فيما لا يقسم وبه قال مالك واحمد ولنا قوله عليه السلام جار الدار احق بالدار من غيره فلا تثبت للجار المقابل اذا كانت السكة نافذة اما اذا كانت غير نافذة فتثبت (ومن) مبتدأ (له جذوع على حائطها) اى حائط الدار (او) من له (شركة فى خشبة عليه) اى على الحائط (جار) خبر المبتدأ لان الجار بهذا المقدار لا يكون خليطا فى حق المبيع ولا يخرج عن كونه جارا ملاصقا (وان) كان شريكا (فى نفس الجدار فشريك) يقدم على الخليط لكن فى التبيين وغيره واذا كان بعض الجيران شريكا فى الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة فى البناء المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ولو كان البناء والمكان الذى عليه البناء مشتركا بينهما كان هو اولى من غيره من الجيران انتهى فيلزم التوفيق بينه وبين ما فى المتن بان مراد المص البناء والمكان الذى عليه البناء لا البناء المجرد تدبر (وهى) اى الشفعة (على عدد الرؤس) اى رؤس الشفعاء (لا السهام) اى سهام ملكهم لان علة الاستحقاق اتصال الملك لا قدره والترجيح لقوة العلة لا للكثرة ولذا قسم على التنصيف ما باع شريك لصاحب نصف وثلث وسدس وجاره جاران احدهما من ثلثة جوانب وثانيهما من جانب خلافا للشافعى اذ عنده يقضى بقدر الاملاك لا بقدر الرؤس لان الشفعة من مرافق الملك فيكون على قدر الملك وفى التنوير اسقط بعضهم حقه من الشفعة بعد القضاء ليس لمن بقى اخذ نصيب التارك ولو كان بعضهم غائبا يقضى بالشفعة بين الحاضرين فى الجميع وكذا لو كان الشريك غائبا فطلب الحاضر يقضى له بالشفعة ثم اذا حضر وطلب قضى له بها اسقط الشفيع الشفعة قبل الشراء لم يصح اراد الشفيع اخذ البعض وترك الباقى لم يملك ذلك جبرا على المشترى واو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لم يصح وسقط حقه به (فاذا علم الشفيع البيع) اى بيع العقار المشفوع (يشهد) من الافعال (فى مجلس علمه) اى الشفيع على (انه يطلبها) سواء علم بسمع البيع من البايع او المشترى او بسمع الكلام فى حق البيع او باخبار

مخص بان فلانا باع داره بلفظ يفهم طلبها كطلبت الشفعة اوانا طالب لها اواطلبها لان الاعتبار للمعنى والمعتبر
الطلب دون الاشهاد وانما الاشهاد للاثبات حتى لوصدقه المشترى على الطلب لايحتاج الى الشهود ثم اعتبار
المجلس اختيار الكرخى وبعض مشايخ بخارا للتأمل وفى رواية الاصل يشترط على فور علمه بالبيع حتى لوسكت
ساعة تبطل واليه ذهب مشايخ بلخ وعامة مشايخ بخارا وعليه الفتوى كما فى المنح وقيل تبطل ان سكت ادنى سكوت
حتى لواخبر بكتاب والشفعة فى اوله اووسطه فقراء الكتاب الى اخره بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد العلم بالمشترى
وبالثمن (ويسمى) اى الطلب فى المجلس (طلب مواثبة) اى مسارعة من الوثوب سمى به ليدل على غاية التعجيل
(ثم يشهد عند العقار) لانه محل للشفعة او يشهد (على المشترى) ولوغير ذى يد بان يقول له اطلب منك الشفعة
فى دار اشتريتها من فلان حدودها كذا وانا شفيعها بالشركة فى الدار والطريق اوبالجوار بدار حدودها
كذا فسلمها الى فلابد ان يبين حدود الدار بن مع كل واحدة من مراتب الثبوت كما فى الخانية لكن فى الكافى وغيره
ان تبين هذه الامور ليس مما لابد منه وفيه اشارة الى ان له الاشهاد عند ابعد هؤلاء مع الاقرب على ماقال بعض
المشايخ وذهب الاخرون الى انه انما يشهد عند الاقرب كما فى القهستانى (اوعلى البايع ان كان المبيع فى يده)
فلا يصح الاشهاد عند بايع ليس بذى يد على ماذكره القدورى واختاره الصدر الشهيد وذكر شيخ الاسلام
وغيره ان الاشهاد يصح عنده استحسانا وانما ذكر كلمة ثم اشارة الى ان مدة هذا الطلب لم يكن على فور المجلس
فى الاكثر بل مقدرة بمدة التمكن من الاشهاد كما فى النهاية وغيره حتى لوتمكن ولم يطلب بطلت شفعته (فيقول
اشترى فلان هذه الدار وقد كنت طلبت الشفعة) قبله طلب المواثبة (وانا اطلبها الآن فاشهدوا على ذلك ويسمى
هذا الطلب طلب تقرير واشهاد) ولابد منه لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضى ولايمكنه الاشهاد على طلب المواثبة
ظاهرا لانه على الفور فيحتاج بعد ذلك الى الاشهاد للتقرير (ثم يطلب عند قاض فيقول اشترى فلان دارا كذا
وانا شفيعها بسبب كذا) قيل هذا ظاهر فى الشفيع فى الجوار لافى الشفيع فى نفس المبيع (فمره) ايها القاضى (بالتسليم
الى) حتى بارداو بترك الدخل بينه وبينى فالتسليم على هذا المعنى لايقتضى القبض بل يوجد قبل القبض وبعده
فلا يرد ماقيل من انه هذا اذا قبض المشترى المبيع وطلب الخصومة لايتوقف عليه انتهى (ويسمى) هذا الطلب
(طلب خصومة وتمليك) فلابد منه ايضا لانه لايحكم له بدون طلبه (ولاتبطل الشفعة بتأخيره) اى بتأخير طلب
الاخذ (مطلقا) بعدما استقرت شفعته بالاشهاد عند الشيخين (فى ظاهر المذهب وعليه) اى على قول الامام (الفتوى)
لان الحق قد ثبت بالطلب فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق ولوكان التأخير بعذر من مرض اوسفر اوحبس اوعدم
قاض يرى الشفعة بالجوار فى بلده لايسقط بالاجماع وان طالت المدة وعن ابى يوسف ان اخره مجلس حكم
يبطل لتركه عند امكان الاخذ وفى رواية الى ثلثة ايام (وقيل يفتى بقول محمد) وزفر ورواية عن ابى يوسف
(انه) اى الشفيع (ان اخره) اى طلب الخصومة (شهرا بلا عذر بطلت) الشفعة لانه قال الفتوى اليوم على انه اذا اخر
شهرا سقطت الشفعة لتغير احوال الناس فى قصد الاضرار بالغير وفى المحيط والخلاصة ومنية المفتى ومختارات
النوازل والفتوى على قول محمد (واذا ادعى) الشفيع (الشراء وطلب الشفعة سأل القاضى المدعى عليه) وهو المشترى
عن الدار التى يشفع بها الشفيع هل هى ملك للشفيع اولا (فان اقر) المشترى (بملك مايشفع به) اوانكر فحلف (ونكل
عن الحلف على العلم بملكيته) بان يحلف بالله ما اعلم انه مالك لمايشفع به (او) انكر (وبرهن الشفيع) اى اقام بينة
انها ملكه (سأله) اى القاضى المشترى (عن الشراء) فيقول له اشتريت ام لا (فان اقر) المشترى (به) اى بالشراء
(او) انكر فحلف (ونكل عن اليمين انه ماابتاع اومايستحق) الشفيع (عليه هذه الشفعة او برهن الشفيع) يعنى
ان ثبوت الشفعة ان كان متفقا عليه يحلف على الحاصل بالله مايستحق هذا الشفيع الشفعة على فان كان مختلفا فيه
كشفعة الجوار يحلف على السبب بالله مااشتريت هذه الدار لانه ربما يحلف على الحاصل بمذهب الشافعى كما
فى شروح الكنز وفى التنوير من لم ير الشفعة بالجوار كالشافعى طلبها عند حاكم يراه (قضى) اى القاضى (له) اى
للشفيع (بها) اى بالشفعة لثبوته عنده قال العينى والواجب فى هذا ان يسأل القاضى اولا عن المدعى عن موضع
الدار من مصر ومحلة وحدودها لانه ادعى حقا فلابد ان تكون معلومة فاذا بين ذلك سأل هل قبض المشترى الدار
ام لا لانه اذا لم يقبضها لاتصح دعواه على المشترى حتى يحضر البايع فاذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف
كان وعند من اشهد فاذا بين ذلك كله تمت دعواه ثم اقبل على المدعى عليه فسأله كما فى المتن (ولا يشترط
احضار الثمن وقت الدعوى) فى ظاهر الرواية فيجوز له المنازعة وان لم يحضره الى مجلس القاضى لان لزوم الثمن
على الشفيع بعد القضاء لاقبله وعن محمد وهو رواية الحسن عن الامام انه لايقضى حتى يحضر الثمن لاحتمال

ان يكون الشفيع مفلسا فتوى المال على المشترى (فاذا قضى له لزم احضاره) اى الثمن لتحقق سبب اللزوم (وللمشترى
حبس الدار لقبضه) اى للمشترى حبس الدار لقبض ثمنه فلولم ينقده حبس القاضى الشفيع بالاباء لان
الشفيع والمشترى نزلا منزلة البايع والمشترى (ولاتبطل شفعته بتأخير الثمن بعد ما امر) القاضى (باداته) اجماعا
لتأكد الشفعة بالقضاء (وللشفيع ان يخاصم البايع ان كان المبيع فى يده) لان له يدا محقة اصالة فكان خصما
كالمالك ولكن (لايسمع القاضى البينة) اى بينة الشفيع (عليه) اى البايع بغيبة المشترى (حتى يحضر المشترى)
لانه المالك (فيفسخ البيع بحضرته) اى المشترى عند حضور البايع لان احدهما صاحب يد والاخر ملكا
(ويقضى بالشفعة على البايع ويجعل عليه) اى على البايع (العهدة) اى يجعل مايترتب على البيع من الاحكام
على البايع قبل تسليم المبيع الى المشترى والعهدة على المشترى لوكان ذلك بعده لان البايع يصير اجنبيا كما فى اكثر
المعتبرات فعلى هذا ان المص اطلق فى محل التقييد وقال الشافعى العهدة على المشترى مطلقا (والوكيل بالشراء
خصم للشفيع) لانه العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد ولهذا لوكان البايع وكيلا كان للشفيع ان يخاصمه
ويأخذها منه بحضرة المشترى (مالم يسلم الى الموكل) فاذا اسلمها الى الموكل لايبقى له يد ولاملك فلايكون خصما بعده
(وللشفيع خيار الرؤية والعيب وان) وصلية (شرط المشترى البراءة منه) اى من العيب بالاجماع لان الاخذ
بالشفعة بمنزلة الشراء فيثبت فيها الخيار ولايسقط برؤية المشترى وبشرط براءته لان الشفيع ليس بنائب عنه
فلايسقط حقه باسقاط المشترى ✱ فصل (✱ وان اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول للمشترى) مع اليمين
لان الشفيع يدعى عليه حق الاخذ عند نقد الاقل والمشترى ينكره فالقول للمنكر ولايتحالفان (ولو برهنا) اى
لواقام كل منهما البينة على دعواه (فللشفيع) اى بينة الشفيع احق بالتقديم عند الطرفين لكونه مدعيا ولانه يمكن
صدق البينتين بجريان العقد مرتين فيجعلان موجودين فالشفيع يأخذ بايهما شاء (وعند ابى يوسف للمشترى)
اى بينة المشترى احق لانها تثبت الزيادة وهو قول الشافعى واحمد (وان ادعى المشترى ثمنا) وادعى (البايع) ثمنا (اقل
منه) اى من ذلك الثمن (اخذه) اى الشفيع العقار (بماقال البايع قبل قبض الثمن) سواء قبض المشترى العقار
اولا لان هذا القول من البايع حط بعض الثمن عن المشترى والحط عنه حط عن الشفيع (وبماقال المشترى بعده)
اى اخذ الشفيع بقول المشترى بعد قبض البايع الثمن لانه ح كالاجنبى وبقى الاختلاف بين المشترى والشفيع
فالقول للمشترى ولوكان قبض الثمن غير ظاهر فقال البايع بعت الدار بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع
بالف لانه بين الثمن فى حال له ولاية البيان فيه فقبل بيانه وان قال قبضت الثمن وهو الف اخذها بقول المشترى
لانه لما اقر باستيفاء الثمن اولا صار اجنبيا فلا يعتبر قوله فى مقدار الثمن وعند الائمة الثلاثة يأخذها بقول
المشترى فيهما (وان عكسا) اى ادعى البايع ثمنا والمشترى اقل منه (فبعد القبض يعتبر قول المشترى) اى لوكان بعد
قبض البايع الثمن اخذها الشفيع بماقال المشترى (وقبله) اى قبل القبض (يتحالفان) ويترادان البيع (واى) من البايع
والمشترى نكل عن اليمين (اعتبر قول صاحبه) فيأخذها الشفيع بذلك لان النكول بمنزلة الاقرار بمايدعيه الاخر
(وان حلفا فسخ البيع) اى فسخ القاضى العقد بينهما (ويأخذه) اى العقار (الشفيع بماقال البايع) لان فسخ البيع
لايوجب بطلان حق الشفيع كما لورد عليه بعيب بقضاء قاض كما فى اكثر المعتبرات (وان حط) البايع (عن المشترى
بعض الثمن يأخذه) اى العقار (الشفيع بالباقى) من الثمن سواء كان قبل قبضه اوبعده لما مر ان الحط عن المشترى
حط عن الشفيع اى الحط يلحق باصل العقد خلافا لزفر والائمة الثلاثة فان عندهم لااثر للحط بل عليه الثمن المسمى
(وان حط) البايع عن المشترى (الكل) اى كل الثمن (يأخذ) الشفيع (بالكل) اى بكل الثمن بالاجماع لانه يصير
بيعا بلا ثمن وانه بط لكن فى شرح الهداية للدهلوى كلام فليطالع (وان حط) البايع عن المشترى (النصف)
اى نصف الثمن (ثم) حط (النصف) الاخر (يأخذ) الشفيع (بالنصف الاخير) لانه لما حط النصف التحق باصل
العقد فوجب عليه النصف فلما حط النصف الاخر كان حطا للجميع فلا يسقط عن الشفيع (وان زاد المشترى فى الثمن
بعد عقد البيع (لا يلزم الشفيع الزيادة) اى اخذه بالثمن الاول بالاجماع لانه حق الشفيع فتكليف الزيادة ابطال
حقه (واذا كان الثمن مثليا لزم الشفيع مثله) اى يأخذ الشفيع المبيع بمثل الثمن فى شراء العقار بمكيل او موزون
لانهما من ذوات الامثال (وان) كان الثمن (قيميا فقيمته) اى يأخذ المبيع بالقيمة فى شراء دار بثوب اوفرس لانهما من ذوات
القيم ويأخذ كل واحد بقيمة الاخر فى شراء عقار بعقار لتحقق البدلية بينهما ولكونه من ذوات القيم (وان كان
الثمن (مؤجلا) باجل معلوم لانه ان كان مجهولا فالبيع فاسد (اخذ بثمن حال او يطلب) الشفيع شفعته (فى الحال)
لان تركه بعد ثبوت حقه دليل الاعراض وفى الهداية فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى

بمضى الاجل (ويأخذ) الشفيع العقار (بعد مضى الاجل) لكون الثمن مؤجلا وقال زفر ومالك واحمد والشافعى (فى القديم له) ان يأخذها فى الحال بالثمن المؤجل لان الشراء وقع به ولنا ان الاصل فى الثمن ان يكون حالا وانما يؤجل بالشرط ولا شرط فى حق الشفيع (ولا يتعجل ما على المشترى لو اخذ الشفيع بالحال) لان الاجل ثبت له بالشرط فلا يبطل باخذ الشفيع بثمن حال كما لا يبطل ببيعه المشترى بثمن حال وان اختار الانتظار كان له ذلك لان له ان لا يلتزم الضرر الزائد كما فى التبيين (ولو سكت عن الطلب ليحل الاجل بطلت شفعته) عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فان عنده لا تبطل بالتأخير الى حلول الاجل لان الطلب ليس بمقصود لذاته بل للاخذ وهو لا يتمكن منه فى الحال بثمن مؤجل فلا فائدة فى طلبه فى الحال ولهما ان حقه قد ثبت ولهذا له ان يأخذ بثمن حال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة (ولو اشترى ذمى بخمر او خنزير يأخذه الشفيع الذمى بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لان هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمى والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ الاول بالمثل والثانى بالقيمة ولو اسلم الذمى صار حكمه حكم المسلم من الابتداء فيأخذها بالقيمة (و) يأخذه الشفيع (المسلم بالقيمة فيهما) اما الخنزير فمن ذوات القيم واما الخمر فلان المسلم عاجز عن تسليمها فالتحق بغير المثلى ثم ان طريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع الى ذمى اسلم او فاسق تاب وفى ما فى الفرائد من انه بقى صورة وهى انه لو اشترى ذمى بخنزير وكان شفيعها مسلما وذميا لم يبينوا حكمها كلام لانه بين آنفا ان المسلم يأخذ بالقيمة وكذا يأخذ الذمى بالقيمة لان الخنزير من ذوات القيم فلا وجه على ما قاله تأمل (ولو بنى المشترى) على الارض المشفوعة (او غرس) فيها فحكم بالشفعة (اخذها الشفيع بالثمن وبقيمتهما) اى البناء والغرس (مقلوعين) والمراد بقيمتهما مقلوعين قيمتهما مستحق القلع (كما فى الغصب او كلف المشترى قلعهما) اى البناء والغرس ويأخذ الارض فارغة بكل الثمن بدونهما وعن ابى يوسف لا يكلفه بالقلع بل يكون بالخيار بين ان يأخذها بالثمن وبقيمة البناء والغرس وبين ان يترك لان المشترى محق فى البناء وليس بمتعد اذ بنى فى ملكه المشترى والتكليف بالقلع من احكام العدوان وبه قال الشافعى ولنا انه بنى فى محل ظهر تعلق حق متأكد للغير هو الشفيع من غير تسليط من الشفيع فأمر الشفيع بالنقض كالغاصب اذا بنى لان حق الشفيع اقوى من حق المشترى لتقدم حق الشفيع عليه ولذا ينقض الشفيع بيع المشترى وهبته وجعله مسجدا ومقبرة وجعل تصرفه كالتصرف فى ملك الشفيع فى حق النقض وله ان ينقض المسجد وينبش الموتى كما فى القهستانى (ولو استحقت) الارض (بعد ما بنى الشفيع او غرس رجع) الشفيع (على المشترى بالثمن فقط) يعنى لا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البايع ان اخذها منه ولا على المشترى ان اخذها منه معناه لا يرجع بما نقص بالقلع وعن ابى يوسف انه يرجع به لانه متملك عليه وكان كالمشترى وجه الظاهر وهو الفرق بينه وبين المشترى ان المشترى مغرور من جهة البايع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشترى لان الشفيع اخذها منه جبرا (وان جف الشجر) بآفة سماوية (او انهدم البناء عند المشترى) بعد شراء المشترى بغير صنع احد ولم يبق شئ من نقض او خشب فاما اذا بقى به شئ من ذلك فلا بد من سقوط بعض الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ (يأخذها الشفيع بكل الثمن ان شاء) ولا يسقط من الثمن شئ لانهما تابعان للارض حتى يدخلان فى البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شئ من الثمن بخلاف ما اذا تلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته (وان هدم المشترى البناء اخذ الشفيع العرصة بحصتها) من الثمن ان شاء وان شاء ترك لان المشترى قصد الاتلاف فيلزم الخيار المذكور ونقض الاجنبى كنقض المشترى (وليس له) اى للشفيع (اخذ النقض) بل هو للمشترى لكونه مفصولا ومنقولا (واذا اشترى المشترى الارض مع شجر مثمر) بان شرطه فى البيع (او غير مثمر فاثمر فى يده) اى المشترى بعد الشراء (اخذها الشفيع مع الثمر فيهما) لانه بالاتصال خلقة صار تبعا من وجه وهو الاستحسان والقياس ان لا يكون له اخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها (فان جذه) اى قطع الثمر واجتناه المشترى (فليس للشفيع اخذه) لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه (ويأخذ ما سواه) اى ما سوى الثمر (بالحصة فى الاول) وهو ما اذا اشتراها بثمرها فيسقط من الثمن حصة الثمر لانه دخل فى البيع مقصودا فيقابله شئ من الثمن (و بكل الثمن فى الثانى) اى فيما اثمر فى يد المشترى اى يأخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يدخل عند الاخذ فى المبيع الا تبعا فلا يقابله شئ من الثمن وفى التنوير قضى للشفيع بالشفعة ليس له تركها الطلب فى بيع فاسد وقت انقطاع حق البايع اتفاقا

) باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب وما يبطلها (

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

اى الشفعة ذكر تفصيلها بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال (انما تجب) اى تثبت الشفعة (قصدا فى عقار) انما قال قصدا لانها

ثابت

ثابت فى غير العقار بتبعية العقار كالثمر والشجر كما فى الدرر وقوله (ملك) على صيغة المجهول صفة عقار واحترز بقوله (بعوض) عما اذا ملك بالهبة فان الشفعة لا تجب فيها وبقوله (هو مال) عما اذا ملك بعوض غير مال كالمهر ونحوه فان الشفعة لا تجب كما سيأتى (وان) وصلية (لم يمكن قسمته كرحى وحمام وبئر) وبيت صغير لا ينتفع اذا قسم عندنا لان وجوب الشفعة لدفع ضرر الجوار خلافا للشافعى اذ عنده لا شفعة فيما لا ينقسم لان وجوب الشفعة لدفع مؤنة القسمة فلا يستحق الا فيما ينقسم (ولا تجب) الشفعة (فى عرض وفلك) لانهما ليسا بعقار قال النبى عليه السلام لا شفعة الا فى ربع او حائط خلافا لمالك فى السفينة (و) فى (بناء وشجر بيعا) صفة بناء وشجر (بدون الارض) لانهما منقولان وان بيعا مع الارض تجب فيهما الشفعة تبعا للارض (ولا) تجب (فى ارث وصدقة) لان تملكها ليس بمقابلة مال (وهبة بلا عوض مشروط) فى العقد حتى لو عوض دارا اخرى لا تجب الشفعة ايضا فيها لان هذا التعويض تبرع لا عوض حقيقة عن الهبة وفيه اشارة الى انه اذا شرط العوض تجب لانها بيع انتهاء كما مر فى الهبة واما اذا وهب لهبة ثم عوض عنها بغير شرط لا تجب عندنا خلافا لمالك (وما بيع) اى لا تثبت الشفعة فى عقار بيع (بخيار البايع) لانه يمنع زوال الملك عن البايع (او) بيع العقار (بيعا فاسدا) يعنى اذا اشترى عقارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلبقاء ملك البايع فيها واما بعده فلاحتمال الفسخ لان لكل واحد من المتبايعين سبيلا من فسخه (ما لم يسقط حق الفسخ) فان سقط حق الفسخ فى البيع بخيار البايع بان اسقط الخيار او بنى المشترى فيها فى البيع الفاسد تجب الشفعة لزوال المانع وان اشترى بشرط الخيار فللشفيع الشفعة بالاجماع (ولا تثبت الشفعة فى عقار (فيما قسم بين الشركاء) لان فى القسمة معنى الافراز ولم تشرع الا فى المبادلة المطلقة (او) لا تجب فى عقار (جعل اجرة) بان استأجر حماما بدار يدفعها اليه عوض الاجرة (او بدل خلع) بان خالعها على دار يدفعها اليها (او) بدل (عتق) بان اعتق عبده على دار فلان فقبل العبد (او) بدل (صلح عن دم عمد او) جعل (مهر) لانها ليست باموال ولا مثل لها حتى يأخذه الشفيع به هذا عندنا لان تقوم المنافع فى الاجارة لضرورة الحاجة وكذا تقوم الدم لضرورة الصيانة عن الهدر وما ثبت بالضرورة لا يتعدى عن موضعها فلا يكون متقومة فى حق الشفعة واما الاعتاق فهو ازالة مالية فكيف يقوم المال وعند الائمة الثلثة تجب فيها بناء على ان الاعواض متقومة عندهم (وان) وصلية (قوبل ببعضه) اى ببعض ما جعل بدلا بهذه الاشياء (مال) عند الامام لان معنى البيع فيه تابع فلا شفعة فى التبع كما لا شفعة فى الاصل (وعندهما تجب) الشفعة (فى حصة المال) حيث كان فيها مبادلة مال بمال (ولا) تثبت (فيما صولح عنه) اى عن العقار (بانكار او سكوت) لانه اذا صالح عنها بانكار بقى الدار فى يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها بالاقرار لانه معترف بالملك للمدعى كما فى الهداية (وتجب فيما صولح عليه) اى العقار (باحدهما) وفى الهداية اذا صالح على الدار باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة فى جميع ذلك لان المدعى اخذها عوضا عن حقه فى زعمه اذا لم يكن من جنس المدعى به فيعامل بزعمه انتهى فعلى هذا ان تقييد المص بالانكار والسكوت مما لا ينبغى تدبر (ولا) تجب (فيما سلمت شفعته ثم رد بخيار رؤية او شرط او بخيار عيب بقضاء) لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة فى المبيع لا فى الفسخ قوله بقضاء قيد للرد بعيب سواء كان الرد بعد القبض او قبله (وما رد به) اى بعيب (بلا قضاء او بالاقالة تجب) الشفعة (فيه) لانه فسخ فى حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصد الفسخ بيع جديد فى حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالتراضى والشفيع ثالث ومراده بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء كما فى الهداية وفى التبيين كلام وفى التسهيل جواب فليطالع ان شئت وقال زفر لا تجب لان العقد قد انفسخ بالرد بالعيب والاقالة وهو قول الشافعى واحمد (وتجب) الشفعة (فى العلو وحده و) تجب (فى السفل بسببه) اى بسبب العلو هذا اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من القرار التحق بالعقار اما اذا كان طريق العلو فى السفل فح تثبت الشفعة بالطريق لا من حق القرار لان شركة الطريق اقوى من حق القرار (و) تجب الشفعة (فيما بيع بخيار المشترى) لان الخيار لا يمنع زوال الملك عن البايع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه كما فى الهداية (وان بيعت) المبيعة دار بجنب المبيعة بالخيار (فالشفعة لمن له الخيار بايعا او مشتريا) اما البايع فلان الملك فى الدار عنده هذا البيع للبايع فاذا اخذها بالشفعة فهو نقض منه للبيع واما المشترى فلان المبيع دخل فى ملكه عندهما لانه يصير بالاخذ مختار البيع فيصير اجازة فيلزم ويملك به المبيع وكذا عنده لانه صار احق بالمبيع من غيره وذلك يكفى لاستحقاق الشفعة كالمأذون او المكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما وعن هذا قال (وتكون) الشفعة (اجازة) واسقاطا للخيار (من المشترى) فى حق بيعه لوجود دليل الرضاء

بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح
الابطال فكيف بدلالته كما فى الهداية (وللشفيع) الدار (الاولى اخذها) اى اخذ الاولى (منه) يعنى اذا حضر
شفيع الدار الاولى وهى التى اشتراها المشترى كان له ان يأخذها بالشفعة لانه هو اولى بها من المشترى لما عرفه
ان الشفيع اولى من المشترى (لا اخذ الثانية) وهى التى اخذها المشترى بطريق الشفعة لانعدام ملكه فى الاولى حين
بيعت الثانية هذا اذا لم تكن متصلة بملكه وان كانت متصلة كان له ان يشاركه فيها بالشفعة (وان بيعت) دار بجنب الدار
(المبيعة) بيعا (فاسدا فشفيعها) اى الدار المبيعة (البايع ان بيعت قبل قبض المشترى) لبقاء ملكه فيها (فاذا قبض)
المشترى (بعد الحكم له) اى للبايع (بها) اى بالشفعة (لا تبطل) الشفعة اى ان سلمها بعد الحكم له فيها بها لا تبطل
لان ملكه فى المشفوعة قد تقرر بالحكم فلا يبطل باخراج الاولى عن ملكه وانما يستحق المشترى الدار المبيعة بجنبها
بالشفعة اذا كان بيعها بعد قبضه لا قبله لان الشفعة انما تستحق بالملك ولا ملك له قبله وان بيعت بعد قبض المشترى
المبيعة فاسدا (فالشفعة للمشترى) لثبوت الملك له بالقبض (وان استرد البايع منه) اى من المشترى (المبيعة) بحكم
الفساد (له) اى للمشترى بالشفعة (بطلت شفعته) لانقطاع ملكه عن التى يشفع بها قبل الحكم بالشفعة (وان) استردها
منه (بعد الحكم) له (بقيت الثانية على ملكه) اى ملك المشترى لانه اخذها حين كان له حق الاخذ (والمسلم والذمى
فى الشفعة سواء) للعمومات ولانهما يستويان فى السبب وفى الحكمة فيستويان فى الاستحقاق ولهذا يستوى فيها
الذكور والاناث والصغير والكبير خلافا لابن ابى ليلى فى الذمى والصغير (وكذا الحر والعبد المأذون والمكاتب) اى سواء
(ولو) وصلية (فى مبيع السيد كالعكس) اى للمأذون والمكاتب شفعة فى مبيع السيد كما للسيد شفعة فى مبيع المأذون
والمكاتب لان ما فى يدهما ليس ملك مولاهما قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية وغيره تجب الشفعة للعبد المأذون
حال كونه مديونا دينا محيطا برقبته وكسبه فيما باعه سيده لكونه اجنبيا وكذا تجب الشفعة لسيده فيما باعه عبده
المأذون الذى عليه دين محيط لان ما فى يد العبد المستغرق ملك له لا لمولاه قيل احاطة الدين ماله ورقبته ليس
بشرط يقال الاحاطة هنا قيد لازم لظهور حق الشفعة بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة
لمن يبع له انتهى فعلى هذا ان المص قد اطلق فى محل التقييد وحمل صاحب الفرائد على ما قال صاحب الاصلاح
ليس مما ينبغى تدبر (*) فصل (* وتبطل الشفعة بتسليم الكل او البعض) اى كل المشترا او بعضها الى البايع بعد
البيع لان التسليم قبله لا يبطلها اما تسليم الكل فلانه صريح فى الاسقاط واما البعض فلان حق الشفعة لا يتجزى
ثبوتا لانه يملكه كما ملكه المشترى والمشترى لا يملك البعض لانه تفريق الصفقة فلا يتجزى اسقاطا فيكون ذكر
بعضه كذكر كله كما فى الاختيار (ولو) وصلية اى ولو كان التسليم (من الوكيل) والمراد من الوكيل الوكيل بطلب
الشفعة واما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع وكذا سكوته اعراض بالاجماع ثم الوكيل بالشفعة
انما يصح تسليمه اذا كان فى مجلس القاضى عند الامام وعند ابى يوسف يصح مطلقا وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه
اصلا ولو اقر هذا الوكيل على موكله بانه سلم الشفعة جاز اقراره عليه عندهما اذا كان فى مجلس القاضى وان كان
فى غيره فلا يجوز الا انه يخرج من الخصومة وقال ابو يوسف يجوز مطلقا وقال زفر لا يجوز مطلقا وهى مسئلة
اقرار الوكيل وموضعها فى الوكالة (و) تبطل الشفعة (بترك طلب المواثبة او) طلب (التقرير) حين علم مع
القدرة عليهما لانها تبطل بالاعراض وترك الطلبين او احدهما دليل الاعراض (و) تبطل الشفعة (بالصلح) اى
صلح المشترى الشفيع (عن الشفعة على عوض) لانه احد الاعتياض عن حق ليس بمال فسقط حقه (وعليه) اى
الشفيع (رده) اى العوض لان حق الشفعة لم يكن متقررا فى المحل وهو مجرد التملك الغير المتقوم فيكون المأخوذ
رشوة (وكذا) تبطل شفعته (لو باع شفعته بمال) لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فكان
عبارة عن الاسقاط مجازا فسقط الشفعة ولا يلزم المال بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق
لانه اعتياض عن ملك فى المحل (وكذا لو قال للمخيرة اختارينى بالف او قال العنين لامرأته ذلك) اى ترك الفسخ بالف
(فاختارته) اى اختارت الزوج (بطل خيارها ولا يجب العوض) لانه لم يقابله حق متقرر فلا يكون تجارة عن تراض
فلا يحل (وتبطل) الشفعة (ببيع ما يشفع به قبل الحكم له) اى للشفيع (بها) اى بالشفعة لزوال سبب الاستحقاق
قبل القضاء واما بعد القضاء فيكون ميراثا للورثة ولا فرق بين ان يكون عالما وقت بيع العقار بشراء المشفوع او لا لانه
لا يختلف فى الحالين وكذا ابراء الغريم لان ذلك اسقاط فلا يتوقف على العلم (و) تبطل ايضا (بموت الشفيع) قبل الاخذ
بعد الطلب او قبله فلا يورث عنه وقال الشافعى لا تبطل لانها حقه والوارث يخلفه فى حقوقه ولنا ان حق الشفعة
حق التمليك وهو قائم بالشفيع فلا يبقى بعد موته (لا) تبطل (بموت المشترى) لوجود المستحق (ولا شفعة لمن باع) صورته

وكل

وكل صاحب الدار شفيعها ببيعها فباعها لان البيع يدل على الاعراض وعند الائمة الثلاثة تجب له الشفعة (او بيع له)
صورته ان المضارب باع دار المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له لان البيع له (او ضمن) الشفيع (الدرك) عن البايع
فان الشفعة تبطل لانه بضمانه له الدرك ضمن له ان يحصل له الدار وذلك لا يكون الا بتركه للشفعة وفى اخذه بها ابطال
ذلك وعند الائمة الثلاثة تجب (او ساوم المشترى بيعا او اجارة) او طلب الشفيع من المشترى ان يوليه عقد الشراء
فان الشفعة تبطل بذلك لانه دليل الاعراض (وتجب) الشفعة (لمن ابتاع) قبل بيانه لو وكل المشترى شفيع الدار
بشرائها فاشترى فله الشفعة (او ابتيع له) بيانه اشترى المضارب بمال المضاربة دارا ورب المال شفيعها بدار اخرى
كان له الشفعة ولا فرق بين ان يكون البيع او الشراء من الاصيل او وكيله فى بطلان الشفعة فى الاول ووجوبها فى الثانى
(ولو قيل للشفيع انها) اى الدار التى تثبت فيها الشفعة له (بيعت بالف) درهم (فسلم) الشفيع لاجل الاستكثار (ثم بان)
اى ظهر (انها بيعت باقل) من الالف (او) ظهر انها بيعت (بكيلى او وزنى او عددى متقارب قيمته الف او اكثر فله) اى
للشفيع (الشفعة) لان تسليمه كان لاستكثار الثمن او لتعذر الجنس ظاهرا فاذا بين له خلاف ذلك كان له الاخذ للتيسير
وعدم الرضاء على تقدير ان يكون الثمن غيره لان الرغبة فى الاخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا او جنسا فاذا سلم
على بعض وجوهه لا يلزم منه التسليم فى الوجوه كلها (ولو بان انها بيعت بعرض قيمته الف او بدنانير قيمتها الف) او اكثر
فلا) شفعة له اما عدم الشفعة ان ظهر انها بيعت بعرض قيمته مثل قيمة الذى بلغه او اكثر فلعدم الفائدة لان الواجب
فى غير المكيل والموزون القيمة فلا يظهر التفاوت واما عدم الشفعة ان ظهر انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلان الجنس
متحد فى حق الثمنية ولهذا يضم احدهما الى الاخر فى الزكوة وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس وهو قول الائمة الثلاثة
كما فى الهداية وغيرها لكن فى التبيين هذا قول ابى يوسف وهو استحسان والقياس ان يثبت له حق الشفعة وهو
قول الامام وزفر وفى النهاية نقلا عن المبسوط وقول محمد مع الامام لان الجنس مختلف حقيقة وحكما ولهذا جاز
التفاضل بينهما فى البيع والمص اختار ما اختار صاحب الهداية فلهذا لم يذكر الاختلاف بين علمائنا الثلثة تتبع
وانما قيد بالف او اكثر لان قيمته ان اقل فهو على شفعته (ولو قيل له) اى للشفيع (المشترى فلان فسلم) الشفعة (فبان انه)
اى المشترى (غيره) اى غير فلان (فله الشفعة) لان رضاءه بجوازه لا بجواز غيره لتفاوت الناس (ولو) قيل له المشترى
فلان فسلم (ثم بان انه) اى المشترى (هو) اى فلان (مع غيره فله الشفعة فى حصة الغير) لان التسليم لم يوجد فى حقه
(ولو) بلغه اى الشفيع (بيع النصف فسلم الشفعة فظهر بيع الكل فله الشفعة) فى الكل لانه سلم النصف وكان حقه
فى اخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه اسقاطا للكل وعلل صاحب الهداية بان التسليم لضرر الشركة
ولا شركة لكن فى التبيين هذا التعليل يستقيم فى الجار دون الشريك والاول يستقيم فيهما واما اذا اخبر بشراء الكل فسلم
ثم ظهر بشراء النصف لا شفعة فى ظاهر الرواية لان التسليم فى الكل تسليم فى ابعاضه وقيل له الشفعة ومال اليه
شيخ الاسلام كما فى المنح ثم شرع فى بيان الحيلة فيها فقال (وان باعها) اى الدار (الا ذراعا) اى مقدار ذراع (من طول)
الجدار الذى يلى (جانب الشفيع فلا شفعة له) لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع وكذا لو وهب
هذا القدر للمشترى لعدم الالتزاق (وان شرى منها) اى من الدار (سهما بثمن ثم شرى باقيها) اى باقى الدار
(فالشفعة فى السهم فقط) لان الشفيع جار والمشترى شريك فى الباقى فيقدم عليه ولو اراد الحيلة اشترى السهم
الاول بجميع الثمن الا درهما والباقى بالدرهم فلا يرغب الجار فى اخذ السهم الاول لكثرة الثمن لا سيما اذا كان
جزء قليلا كالعشر او اقل مثلا (وان ابتاعها) اى ان اشترى الدار (بثمن) كثير كالف (ثم دفع عنه) اى عن الثمن ثوبا
يساوى مائة درهم مثلا (اخذها الشفيع بالثمن لا بقيمة الثوب) لان الثوب عوض عما فى ذمة المشترى فيكون البايع مشتريا
بعقد آخر غير العقد الاول وهذه الحيلة تعم الشريك والجار لكن فيه ضرر البايع لانه اذا استحقت الدار المشفوعة
يبقى كل الثمن والاوجه ان يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوعة يبطل الصرف فيجب رد الدينار
لا غير كما فى الهداية وله حيلة اخرى احسن واسهل ذكرها صاحب الدرر وهو قوله او اشترى بدراهم معلومة اما بالوزن
او الاشارة مع قبضة فلوس اشير اليها وجهل قدرها وضيع الفلوس بعد القبض لان الثمن معلوم حال العقد
ومجهول حال الشفعة فجهالة الثمن تمنع الشفعة (ولا تكره الحيلة فى اسقاطها) اى الشفعة (عند ابى يوسف) لانه
يحتال لدفع الضرر عن نفسه وهو الاخذ بلا رضاه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مباح وان تضرر الغير فى ضمنه
وهو رواية عن الامام (وبه) اى بقول ابى يوسف (يفتى قبل وجوبها) واما بعد وجوبها فمكروهة
بالاجماع (وعند محمد تكره) لانها وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به حرام وبه قال الشافعى
قيل لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بالاجماع وانما الخلاف فى فصل الزكوة والمختار عندى ان لا تكره فى الشفعة

دون الزكوة كما فى شرح الكنز للعينى وفى التنوير ولاحيلة لاسقاط الحيلة لما قال البزازى وطلبتها كثيرا فلم نجدها (وللشفيع اخذ حصة بعض المشترين لاحصة بعض البايعين) يعنى اشترى جماعة عقارا والبايع واحد يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم فللشفيع ان يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقى وان تعدد البايع بان باع جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشترى واحد لايتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى لايكون للشفيع ان يأخذ بعضهم دون بعض بل يأخذ الكل او يترك والفرق ان فى الوجه الثانى يأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشترى فيتضرر به زيادة الضرر بالاخذ منه وبعيب الشركة وفى الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلاتتفرق الصفقة على احد ولافرق فى هذا بين ان يكون قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لايمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع كيلا يؤدى الى تفريق اليد على البايع بمنزلة المشترين انفسهم لانه كواحد منهم بخلاف مابعد القبض لانه سقطت يد البايع سواء سمى لكل بعض ثمنا او سمى للكل جملة لان العبرة فى هذا الاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه والمعتبر فى التعدد والاتحاد للعاقد دون المالك وتمامه فى التبيين فليطالع (وللجار اخذ بعض مشاع بيع فقسم وان) وصلية (وقع فى غير جانبه) يعنى اشترى رجل نصف دار غير مقسوم فقاسم المشترى البايع اخذ الشفيع نصيب المشترى الذى حصل له بالقسمة وليس للشفيع قبضها مطلقا سواء كانت القسمة بحكم او بالتراضى اذ القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم المشترى الشريك الذى لم يبع حيث يكون للشفيع قبضه لان العقد لم يقع من الذى قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم البيع الاول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما لو اشترى اثنان دارا وهما شفيعان ثم جاء شفيع ثالث بعدما اقتسما بالقضاء او بالتراضى فللشفيع ان ينقض القسمة وفى الهداية ثم اطلاق الجواب فى الكتاب يدل على ان الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشترى فى اى جانب كان وهو المروى عن ابى يوسف لان المشترى لايملك ابطال حقه بالقسمة وعن الامام انه انما يأخذه اذا وقع فى جانب الدار التى يشفع بها لانه لايبقى جارا فيما بيع فى الجانب الآخر (وللعبد المأذون المديون الاخذ بالشفعة فى مبيع سيده وبالعكس) هذا مستدرك لما سبق قبيل الفصل بل الاولى ان يذكرها فيما سبق مقيدة بهذا القيد واكتفى تدبر (وصح تسليم الاب والوصى شفعة الصغير) عند الشيخين (خلافا لمحمد فيما بيع بقيمته او اقل) اى فان عنده لايصح تسليمهما شفعة الصغير والصبى على شفعته اذا بلغ لانه حق ثابت له فلا يملكان ابطاله وبه قال زفر ولهما ان هذه معنى المبادلة وهما يملكانها الاترى ان من اوجب بيعا للصبى صح رده منهما وعلى هذا الخلاف اطلان الشفعة بسكوت الاب والوصى عند العلم بالشراء (وقوله) اى قول محمد (رواية عن الامام فى الاقل الذى لايتغابن فيه) وفى الكافى اذا سلم الاب شفعة الصغير والشراء باقل من قيمته بكثير فعن الامام ان التسليم يجوز لانه امتناع عن ادخاله فى ملكه لازالة عن ملكه ولم يكن تبرعا وعن محمد انه لايجوز لانه بمنزلة التبرع بماله ولارواية عن ابى يوسف وفى التبيين كلام فليطالع

كتاب القسمة

) كتاب القسمة (عقب بالقسمة مع اشتمال كل على المبادلة ترقيا من الادنى الى الاعلى لجوازها ووجوب القسمة فى الجملة (هى) اى القسمة لغة بالكسر اسم من الاقتسام كما فى المغرب او التقسيم كما فى القاموس لكن الانسب بما يأتى من لفظ القاسم ان يكون مصدر قسمه بالفتح اى جزأه كما فى القهستانى وفى الشريعة (جمع نصيب شايع فى معين) اى فى مكان معين وسبب القسمة طلب الشركاء او بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص حتى اذا لم يوجد منهم الطلب لاتصح القسمة وركنها هو الذى يحصل بذلك الفعل الافراز والتمييز بين الانصباء كالكيل والوزن والعد والذرع وشرطها عدم فوت المنفعة بالقسمة فان فاتت بها لاتقسم جبرا كالبئر والرحى والحمام لان الغرض المطلوب منها توفير المنفعة فاذا ادت الى فواتها لم يجبر وحكمها تعين نصيب كل من الشركاء على حدة وهى مشروعة فى الاعيان المشتركة لان النبى عليه السلام باشرها فى المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير (ويشتمل) اى القسمة مطلقا سواء كانت فى المثليات والقيميات (على) معنى (الافراز) وهو اخذ عين حقه (والمبادلة) وهى اخذ عوض عن حقه (والافراز) وهو التمييز (اغلب) اى ارجح (فى المثليات) كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب لعدم التفاوت بين ابعاضها ثم فرع بقوله (فيأخذ الشريك حظه) اى نصيبه (منها) اى من المثليات (حال غيبة صاحبه) فى ذوات الامثال لكونه عين حقه (ولو اشترياه) الضمير المنصوب راجع الى المثلى الدال عليه لفظ المثليات (فاقتسماه فلكل) اى لكل واحد منهما (ان يبيع حصته مرابحة) وتولية (بحصة ثمنه) ولو كانت مبادلة لما جاز هذا وفى الاختيار فلايخلو عن معنى المبادلة ايضا لان ماحصل له كان له بعضه وبعضه لشريكه الا انه جعل وصول مثل حقه اليه كوصول عين حقه لعدم التفاوت (والمبادلة) اى الاعطاء من الجانبين (اغلب فى غيرها) اى فى غير

المثليات

المثليات من العقار وسائر المنقولات للتفاوت بين ابعاضها (فلا يأخذه) اى الشريك نصيبه حال غيبة صاحبه ولايمكن ان يجعل كانه اخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما (ولايبيع) حصته (مرابحة بعد الشراء والقسمة) ولو كانت افرازا جاز (ويجبر عليها) اى على القسمة (فيه) اى فى غير المثلى (بطلب الشريك فى متحد الجنس) نظرا لمعنى الافراز فى الجملة عند طلب احد الشركاء من القاضى ان يخصه بالانتفاع بنصيبه (لافى غيره) اى يجبر على القسمة لتعذر المبادلة باعتبار فحش التفاوت لان مايوفيه ليس عين حقه بل هو عوض حقه فيلزم من الرضاء ولو توافقوا عليها تجوز لان الحق لهم هذا اذا امكن الوصول الى حقه اما اذا لم يكن الوصول الى حقه بدون المبادلة يجبر على المبادلة كما فى قضاء الديون (وندب للقاضى نصب) رجل (قاسم يكون رزقه من بيت المال) لان منفعته للعامة كالقضاة والمفتين والمقاتلة فتكون كفايته من بيت المال لانه اعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء (ليقسم بلا) اخذ (اجر منهم) لكونه ارفق للانام وابعد من التهمة (فان لم يفعل) اى لم ينصب قاسما رزقه من بيت المال لان النصب غير واجب حتى يجب النصب بل هو مندوب فيجوز ان ينصب وان لا ينصب فان لم ينصب (ينصب قاسما يقسم) بين الناس (باجر) على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص وليست بقضاء حقيقة حتى للقاضى ان يأخذ الاجر على القسمة وان كان لايجوزله على القضاء (يقدره) اى اجر المثل (له) اى للقاسم (القاضى) لئلا يطمع فى اموالهم ويتحكم بالزيادة ثم ان الاجر هو اجر المثل وليس له قدر معين وقيل يقدر الاجر بربع العشر كالزكوة لانها عمل العامة فاشبه الزكوة كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ (وهو) اى اجر المثل (على عدد الرؤس) اى رؤس المتقاسمين عند الامام لان تمييز الاقل من الاكثر كتمييز الاكثر من الاقل فى المشقة (وعندهما على قدر السهام) لانه مؤنة الملك فيقدر بقدره وبه قال الشافعى واحمد واصبغ المالكى (واجرة الكيل والوزن على قدر السهام اجماعا ان لم يكن) اى ماذكر من الكيل والوزن (للقسمة) لان الاجرة مقابل بعمل الكيل والوزن لابالتمييز (وان كان لها) اى للقسمة (فعلى الخلاف) حيث تجب الاجرة على عدد الرؤس عنده وعندهما على قدر السهام (ويجب كونه) اى القاسم (عدلا امينا عالما بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاة ويعتمد على قوله فتشترط العدالة والامانة والعلم بها وانما ذكر الامانة بعد العدالة وهى من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة كما فى المنح وغيره وليس بتام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لايخفى تأمل كما قال يعقوب باشا (ولايجبر الناس على قاسم واحد) اى ولايعين القاضى قاسما واحدا للقسمة لانه يتحكم فى الزيادة على اجر مثله (ولايترك القسام) جمع قاسم (ليشتركوا) اى يمنعهم القاضى من الاشتراك كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك (وصح الاقتسام بانفسهم) بالتراضى (بلا امر القاضى) لولايتهم على انفسهم واموالهم (ويقسم على الصبى وليه او وصيه) كالبيع وسائر التصرفات (فان لم يكن) اى وان لم يوجد احدهما (فلابد من امر القاضى) اى نصب القاضى له من يقسم قوله ويقسم الى هنا كلام صاحب الاختيار لكن فى عامة المعتبرات وصحت برضاء الشركاء الا عند صغر احدهم ولانائب عنه وكذا الحكم عند جنون احدهم (ولايقسم عقار بين الورثة باقرارهم) اى لو ادعى الشركاء ارث العقار عن زيد عند القاضى لايقسم بينهم باعترافهم مالم يبرهنوا على الموت وعدد الورثة) عند الامام لان الشركة مبقاة على ملك الميت والقسمة قضاء على الميت والاقرار حجة قاصرة لايتعدى الى غير المقر فلا بد من البينة لتكون حجة على الميت مع ان العقار محصن بنفسه فلاحاجة الى القسمة بخلاف المنقول لانه غير محفوظ بنفسه (وعندهما يقسم باعترافهم) ويذكر فى كتاب القسمة ذلك يعنى انه قسمها بينهم بقولهم ليقتصر الحكم بالقسمة عليهم ولايتعدى الى شريك لهم آخر وبه قال الشافعى واحمد فى قول (وغير العقار يقسم اجماعا) لان فى قسمته نظرا لاحتياجه الى الحفظ كما مر (وكذا العقار المشترى يقسم) اتفاقا لان من فى يده شئ فالظاهر انه له فى ورواية لايقسم حتى يقيموا البينة على الملك لجواز ان يكون فى ايديهم والملك للغير والاول اصح (والمذكور مطلق ملكه) اى يقسم اتفاقا فيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم بقولهم من غير اقامة البينة وذلك لانه ليس فى القسمة قضاء على الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصرا عليه فيجوز (وان برهنا) اى اقام رجلان بينة (ان العقار فى ايديهما) وطلبا القسمة (لايقسم حتى برهنا) اى حتى يقيما البينة (انه) اى العقار ملك (لهما) لاحتمال ان يكون لغيرهما قال العينى وغيره فى شرح الكنز وهذه المسئلة بعينها هى المسئلة السابقة وهى قوله والمذكور مطلق ملكه لان المراد فيها ان يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على انه ملكهم وهو رواية القدورى وشرط هنا وهو رواية الجامع الصغير فان كان قصد الشيخ تعيين الروايتين وليس فيه مايدل على ذلك والا فتقع المسئلة مكررة يتحاشى عنه مثل هذا المختصر انتهى

داو برهنوا على الموت وعدد الورثة والعقار فى ايديهم ومعهم وارث غائب اوصبى قسم العقار بينهم بطلب الحاضرين هكذا وقع فى الوقاية والهداية و فى العناية قيل هذا سهو والصحيح فى ايديهما لانه لو كان فى ايديهم لكان البعض فى يد الطفل او الغائب وسيأتى انه ان كان لايقسم واجيب عنه بانه اطلق الجمع واراد المثنى بقرينة قوله وارثان واقاما لكنه ملبس انتهى هذه القرينة وقعت فى عبارة الهداية لافى عبارة المص لانه قال و برهنوا بصيغة الجمع فلايمكن الجواب عنه تدبر (ونصب وكيل) للغائب (اووصى) للصبى (لقبض) الوكيل (حصة الغائب) اوالقبض الوصى (حصة الصبى) لان فى هذا نظر اللغائب والوصى ولابد من اقامة البينة عند الامام وعندهما يقسم بقولهم كامر (ولوكان العقار فى يد الغائب اوشئ منه) اى من العقار فى يد الغائب (او) كان (فى يدمودعه او) كان (فى يد الصغير لايقسم) لان فى هذه القسمة قضاء على الغائب او الطفل باخراج شئ مما فى يده من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه سواء اقيمت البينة هنا اولا (وكذا) لايقسم (لوحضر وارث واحد) و برهن على الموت والعدد والباقى غائب اوصبى لان الواحد لايكون مخاصما و مخاصما فلابد من اثنين (او كانوا مشترين وغائب احدهم) اى لايقسم لان الملك الثابت ملك جديد بسبب باشره فلايصلح الحاضر خصما عن الغائب بخلاف الارث لان الملك الثابت فيه ملك خلافة فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما فى يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وصح القضاء لقيام البينة على خصم حاضر وفى الشراء قامت على خصم غائب فلا يقبل ولايقضى (واذا انتفع كل) واحد (من الشركاء بنصيبه بعد القسمة قسم بطلب احدهم) لان فى القسمة تكميل المنفعة وكانت حتما لازما فيما يحتملها (وان تضرر الكل) بالقسمة كالحمام وغيره (لايقسم الابرضاهم) لان القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفويته فيعود على موضوعه بالنقض (وان انتفع البعض) لكثرة نصيبه (دون البعض) بل تضرر لقلة حظه (قسم بطلب ذى النفع) لانه طالب تكميل منفعة ملك (لابطلب الاخر) و (هو الاصح) هذا قول الخصاف والامام السرخسى لانه لافائدة له فهو متعنت فى طلب القسمة حيث يشتغل بما لاينفعه وفى الدرر نقلا عن الذخيرة وعليه الفتوى وذكر الخصاف عكسه لان صاحب الكثير يطلب ضرر صاحبه وصاحب القليل يرضى بضرره وذكر الحاكم ان ايهما طلب القسمة قسم القاضى قال فى الخانية وهو اختيار الشيخ الامام المعروف بخواهرزاده وعليه الفتوى وفى المنح ينبغى ان يعول على ماجزم به عامة اصحاب المتون والشروح لانها هى الموضوعة لنقل المذهب فلايعارضه مافى الفتاوى وانما يعول عليها اذا لم يعارضها كتب الاصول وهى الموضوعة لنقل المذهب واما مع معارضتها لها لايلتفت اليها كما فى انفع الوسائل (ويقسم العروض من جنس واحد) اى يقسم القاضى عروضا اذا اتحد جنسها بطلب بعض الشركاء جبرا لوجود المعادلة بالمالية والمنفعة (ولايقسم) القاضى (الجنسين) باعطاء (بعضهما فى بعض) لعدم الاختلاط بينهما فلاتكون القسمة تميزا بل معاوضة ولابد فيها عن التراضى وهذا بالاجماع (ولا) يقسم القاضى (الجواهر) مطلقا لان جهالتها متفاحشة لتفاوتها قيمة وقيل لايقسم الكبار ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل لايقسم الجواهر ان كانت مختلفة الجنس كاللالى واليواقيت (ولا) يقسم (الحمام ولا البئر ولا الرحى ولا الثوب الواحد ولا الحائط بين دارين الابرضاهم) استثناء من قوله ولايقسم الجنسين الى هنا اى الابرضاء الشركاء لما فيه من الحاق الضرر بهم (وكذا) لايقسم (الرقيق الابرضاهم) عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما يجوز لاتحاد الجنس فصار كالابل والخيل والغنم و به قالت الائمة الثلاثة وله ان قسمة الرقيق لمعانيها الباطنة متعذر ولا وقوف عليها ولايمكن التعديل فلايقسم الابتراض بخلاف الحيوانات اذا كانت من جنس واحد و بخلاف المغنم لان حق الغانمين يتعلق بالمالية لابالعين وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شئ آخر من العروض وهم ذكور فقط او اناث فقط واما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لايقسم بالاجماع وان كان مع الرقيق شئ آخر مما يقسم جازت القسمة فى الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع (والدور) المشتركة بين الاثنين او اكثر كلها (فى مصر واحد) يقسم كل واحدة (على حدته) الابتراضى الشركاء عند الامام وهو الصحيح وهذا قسمة فرد لاقسمة جمع لان الدور اجناس مختلفة بوجوه السكنى وان كانت جنسا واحدا نظرا الى اصل السكنى فيوجد فحش التفاوت باعتبار المقاصد باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء والسوق (وقالا ان كان الاصلح قسمة بعضها فى بعض جاز) ان يقسم على هذا الوجه لانها جنس واحد اسما وصورة ونظرا الى اصل السكنى واجناس نظرا الى اختلاف الاغراض و تفاوت منفعة السكنى فكان امرها مفوضا الى رأى القاضى ان شاء قسم وان شاء لم يقسم وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة او الكروم المشتركة (وفى مصرين يقسم كل على حدته بالاتفاق) فيما رواه هلال وعن محمد لوكانت احديهما بالرقة والاخرى بالبصرة قسمت احديهما فى الاخرى كما فى الاختيار (وكذا) لايقسم احديهما فى الاخرى

دار

دار وضيعة اودار وحانوت) فى مصر بل يقسم على الانفراد بالاتفاق لاختلاف الجنس قال صاحب الهداية جعل الدار والحانوت هنا جنسين وذكر فى اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بمنافع الحانوت لاتجوز لاحتمال الربوا وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل فى المسئلة روايتان او تبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهى السكنى وفى الكافى ان هذا مشكل لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة والمعتبر هو الشبهة لاالنازل عنها وقال الامام الحلوانى اما ان يكون فى المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب وفى العناية وحاشيته لمولى سعدى جواب فليطالع (والبيوت فى محلة واحدة او فى محلات يجوز قسمة بعضها فى بعض) لان التفاوت فى البيوت يسير (والمنازل المتلاصقة) بعضها مع بعض (كالبيوت) اى تجوز قسمة بعضها فى بعض (و) المنازل (المتباينة) بعضها عن بعض (كالدور) اى لاتجوز قسمة بعضها فى بعض بل يقسم كل منزل على حدة سواء كان فى دار او محال لانها تفاوت فى السكنى لكن دون الدور وفوق البيت فاخذ شبها من كل واحد فان تلازقت فقسمة فرد والافقسمة جمع وفى الاختيار واذا قسمت الدار تقسم العرصة بالذراع والبناء بالقيمة و يجوز ان يفضل بعضهم على بعض تحقيقا للمعادلة فى الصورة والمعنى او فى المعنى عند تعذر الصورة * فصل * فى كيفية القسمة (و ينبغى للقاسم ان يصور) على قرطاس او نحوه (ما يقسمه) ليمكنه حفظه واصابته (و يعدله) اى يسوى ما قسمه على سهام القسمة (و يذرعه) اى يذرع ما قسمه ليعرف قدره بان يصور الذرعان على ذلك القرطاس بقلم الجدول فيكون كل ذراع فى ذراع بث كل ابنة (و يقوم بناؤه) اذ التقويم محتاج اليه بالاخرة (و يفرز كل نصيب بطريقه وشربه) لان القسمة لتكميل المنفعة و به يكمل ولارتفاع النزاع هذا ما هو الافضل ان امكن ولذا يجوز تركه (و يلقب الانصباء) جميع نصيب (بالاول والثانى والثالث) والرابع والخامس وهلم جرا (و يكتب اسماءهم) اى اسامى الشركاء و يجعلها بطاقات و يطوى كل بطاقة و يجعلها شبه البندقة و يدخلها فى طين ثم يخرجها ثم يدلكها ثم يجعلها فى وعاء او فى كمه ثم يخرج واحدا بعد واحد (و يقرع) لتطييب القلوب (فالاول لمن خرج اسمه اولا والثانى لمن خرج ثانيا والثالث لمن خرج ثالثا) الى ان ينتهى الى الاخير قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية و يكتب اسماءهم على القرعة او غيرها و يبدأ القسمة من اى طرف كان فان جعل الطرف الشرقى اول يجعل ما يليه ثانيا ثم ما يليه ثالثا فيخرج القرعة المكتوبة المكتومة فيعطى السهم الاول لمن خرج اسمه فيها اول والثانى لمن خرج اسمه ثانيا والثالث ثالثا بلا حاجة الى اخراج قرعة اذ بقى له سهم واحد بلا منازع هذا فى السهام المتساوية ظاهر واما ان كانت متفاوتة بان كان لاحدهم مثلا نصف وللثانى سدس وللثالث ثلث فيجعل السهام ستة فان خرج فى القرعة الاولى اسم من له الثلث اتفاقا فله السهمان احدهما هو الملقب بالاول فى طرف شرقى والاخر ما يليه تتميما لحقه ثم ان خرج فى الدفعة الثانية اسم من له النصف فله ثلثة اسهم على الاتصال فيبقى سهم واحد لمن له السدس بلا حاجة الى اخراج قرعة والقرعة هنا لازالة تهمة الميل عن القسام او القاضى فى اعطاء كل سهام لا فى اصل الاقتسام فعنى القمار يسقط عن الاعتبار (ولايدخل الدراهم فى القسمة الابرضاهم) صورته دار بين جماعة فارادوا قسمتها وفى احد الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء ان يكون عوض البناء دراهم واراد الاخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من الارض ولايكلف الذى وقع البناء فى نصيبه ان يرد بازاء البناء من الدراهم الا اذا تعذر فح للقاضى ذلك لان القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم فى العقار لافى الدراهم فلا تجوز قسمة ما ليس بمشترك كما فى الدرر وعن ابى يوسف يقسم الكل باعتبار القيمة اذا كان ارض و بناء لتعذر التعديل الا بالقيمة وعن الامام انه يقسم الارض بالمساحة على الاصل فى الممسوحات فمن كان نصيبه اجود او وقع له البناء رد على الاخر دراهم حتى يساويه فيدخل الدراهم فى القسمة ضرورة كولاية الاخ وعن محمد انه يرد على شريكه من الارض فى مقابلة البناء فاذا بقى فضل ولايمكن التسوية بان لاتفى الارض بقيمة البناء فح يرد فى ما مقابلة الفضل دراهم لان الضرورة فى هذا القدر وفى الاختيار وقول محمد احسن واوفق للاصول (فان وقع مسيل) ماء (اوطريق) المرور (لاحدهم فى نصيب اخر و) الحال انه (لم يشترط) ذلك (فى القسمة صرف) المسيل او الطريق (عنه) اى عن الاخر (ان امكن) صرفه تحقيقا لمعنى القسمة وهو قطع الاشتراك (والا) اى وان لم يمكن صرفه عنه (فسخت القسمة) بالاجماع لاختلالها وتستأنف لان الحق تمليك المنفعة ولايكون ذلك الا بالطريق والمسيل (و يقسم) القاضى (سهمين من العلو بسهم من السفل) عند الامام (وعند ابى يوسف) يقسم (سهما بسهم وعند محمد يقسم بالقيمة) كما اذا كان علو مشترك بين رجلين وسفله لرجل وسفل مشترك بينهما وعلوه لاخر وطلبا القسمة او احدهما قال الامام يحسب ذراع من السفل بذراعين من العلو لان السفل يبقى بعد فوات العلو والعلو لايبقى بعد فناء السفل وقال ابو يوسف يحسب

ذراع من السفل بذراع من العلو لان الاصل هو السكنى وقد استويا فيه وقال محمد يقوم كل على حدة ويقسم بالقيمة لان منفعة العلو والسفل متفاوتة بحسب الاوقات ففى الصيف يختار العلو وفى الشتاء السفل فلا يمكن التعديل الا بالقيمة قيل هذا اختلاف عصر وزمان اجاب كل واحد بما شاهده فى زمانه وفى شرح الطحاوى الاختلاف فى ساحة واما البناء فيقسم بالقيمة اتفاقا (وعليه) اى على قول محمد (الفتوى) كما فى اكثر المعتبرات (فان اقر) والاولى بالواو (احد المتقاسمين بالاستيفاء) اى باخذ تمام حصته من المقسوم (ثم ادعى ان بعض نصيبه منه) وقع (فى يد صاحبه) غلطا بعدما شهد على نفسه بالاستيفاء (لا يصدق) قوله (الا بحجة) منه لان هذه الدعوى تخالف اقراره السابق بالاستيفاء فلا تسمع دعواه الا بالبينة حتى قالوا يحمل دعوى الغلط على فسخ القسمة ليكون وجها لاقامة البينة وقال صدر الشريعة وجه رواية المتن انه اعتمد على فعل القاسم فى اقراره باستيفاء حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط فى فعله فلا يؤخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وهذا على رواية الهداية فى ثبوت هذه الدعوى بالبينة حيث قال ان لم يقم عليه بينة استحلف الشركاء انتهى وقال ابن الشيخ فى شرح الوقاية وهذا لا يمنع ثبوت هذه الدعوى بالنكول او بالاقرار ايضا اذ لا نزاع فيه بل يمنع قول من نازع وقيل المراد بالحجة اقرار الخصم او نكوله لا غير لكون الدعوى على التناقض وقال صاحب الاصلاح الا بحجة من بينة المدعى واقرار الخصم ونكوله على التعميم (وتقبل شهادة القاسمين) بفتح الميم عند اختلاف المتقاسمين (فيها) اى فى القسمة عند الشيخين لانها شهادة على فعل غيرهما باستيفاء حقهما (خلافا لمحمد) فان عنده لا تقبل وهو قول ابى يوسف اولا وبه قالت الائمة الثلثة لانها شهادة على فعل نفسهما فاورثت التهمة وهذا اذا قسما مجانا ولا يجران لهما نفعا قال الطحاوى اذا قسما باجر لا تقبل الشهادة اجماعا وقيل الخلاف فى الكل وهو الاصح فلذا اطلق فى الكتاب كما فى شرح الكنز للعينى (وان قال) احد المتقاسمين بعدما اقر بالاستيفاء (قبضته) اى حق (ثم اخذ) صاحبى (بعضه) منى بعدما قبضته (وانكر شريكه) ذلك (حلف خصمه) لانه يدعى عليه الغصب وهو منكر فالقول قول المنكر وفى التسهيل ولا فرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة الاولى فى ان الخصم يحلف فيهما اذا لم تكن له بينة الا انه فى الاولى ينبغى ان تقبل دعواه كما مر بخلاف الثانية (وان قال قبل ان يقر بالاستيفاء اصابنى) من ذلك (كذا) الى كذا (ولم يسلم) ما اصابنى من حقى (الى وكذبه الاخر تحالفا وفسخت) القسمة لان الاختلاف فى مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى مقدار المبيع وفى الفرائد نقلا عن التسهيل هذه هى المسئلة بعينها واجاب هنا انه تقبل دعواه لكن ينبغى ان لا تقبل للتناقض فظهر ان فى المسئلتين روايتين (ولو ادعى) احد المتقاسمين (غبنا) فى القسمة (لا يعتبر كالبيع) اى كما لا اعتبار بدعوى الغبن فى البيع لوجود التراضى (الا اذا كانت القسمة بقضاء) القاضى (والغبن فاحش فتفسخ) القسمة ح وقال صاحب المنح ولو ظهر غبن فاحش فى القسمة فان كانت بقضاء القاضى بطلت عند الكل لان تصرف القاضى مقيد بالعدل ولم يوجد ولو وقعت القسمة بالتراضى تبطل ايضا فى الاصح وقيل لا يلتفت الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به فى البيع فكذا فى القسمة لوجود التراضى وقيل تفسخ هو الصحيح ذكره الكافى وتمامه فيه فليطالع (ولو استحق بعض معين من نصيب البعض لا تفسخ) القسمة اتفاقا على الصحيح (ويرجع) البعض (بقسطه فى حظ شريكه) كما اذا كانت الدار بينهما نصفين فقسمت فاستحق من يد احدهما بيت هو خمسة اذرع رجع بنصف ما استحق فى نصيب صاحبه (وكذا) لا تفسخ (فى الشائع عند الامام وعند ابى يوسف تفسخ) القسمة لعدم تحقق الافراز باستحقاق النصيب الشائع وبه قال الشافعى واحمد وهو قول محمد فى رواية ابى سليمان وروى ابو حفص انه مع الامام وهو الاصح كما فى الكافى وغيره (وفى بعض شائع فى الكل تفسخ اجماعا) لانه لو بقيت القسمة تضرر المستحق بتفرق نصيبه (ولو ظهر بعد القسمة دين على الميت محيط) بماله (نقضت) القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث (وكذا) تنقض القسمة لو ظهر دين لكنه (غير محيط) بماله لتعلق حق الغرماء بالتركة (الا اذا بقى بلا قسمة ما يفى به) اى بالدين فح لا تفسخ لعدم الحاجة الى نقض القسمة فى ايفاء حقهم (ولو ابرأ الغرماء) بعد القسمة ذمم الورثة من ديونهم (او اداه) اى الدين (الورثة من مالهم لا تنقض) القسمة (مطلقا) اى سواء كان الدين محيطا او غير محيط لزوال المانع وفى الهداية ولو ادعى احد المتقاسمين دينا فى التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باى سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا

) فصل (فى المهايأة

(وتجوز المهايأة) عند تعذر الاجتماع على الانتفاع وهى لغة مفاعلة من التهيئة وهى الحالة الظاهرة للمتهيئ للشئ والتهايؤ تفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها وقيل مفاعلة من التهيؤ فكانه يتهيأ للانتفاع به عند

فراغ

فراغ صاحبه والفرق بين القسمة والتهايؤ ان الاول يجمع المنافع فى زمان واحد والثانى يجمع على التعاقب ويجرى فيه جبر القاضى كما فى القسمة فيما يحتملها وشرعا قسمة المنافع والقياس ان لا تجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لكنها جازت استحسانا بالاجماع (ويجبر عليها) اى على المهايأة اذا طلبها بعض الشركاء (فى دار واحدة) متعلق بقوله وتجوز ويجبر على سبيل التنازع (بان يسكن هذا) الشريك (بعضا) اى بعض الدار وهذا الشريك (بعضا) اخر من الدار (او هذا) يسكن (فى علوها وهذا فى سفلها) لان القسمة على هذا الوجه جائزة (فكذا) المهايأة والتهايؤ فى هذا الوجه افراز يجمع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهايأة شرط ذلك فى العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه كما فى الهداية (و) تجوز المهايأة (فى بيت صغير يسكنه هذا شهرا وهذا شهرا وله) اى لكل واحد منهما (الاجارة) اى اجارة ما اصابه (و) اخذ الغلة (فى نوبته) متعلق بالاجارة لانها قسمة المنافع وقد ملكها فله استغلالها وتجوز المهايأة (فى عبد واحد) يخدم العبد (هذا يوما وهذا يوما) لان المهايأة قد تكون فى الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين هنا ولو اختلفا فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان فى محل يحتملهما يأمرهما القاضى ان يتفقا لان التهايؤ فى المكان اعدل وفى الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع فى البداية نفيا للتهمة وتجوز المهايأة (فى عبدين يخدم احدهما) اى احد العبدين (احدهما) اى احد الشريكين (و) يخدم العبد (الاخر) الشريك (الاخر) لا اشكال على اصلهما لان عندهما تجوز قسمة الرقيق جبرا واختيارا فكذا منفعتهم واما عند الامام (والقياس) على عدم جواز القسمة يمنع الجواز لكن الصحيح الجواز لقلة التفاوت فى الخدمة بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما بيناه (ولو اتفقا على ان نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا بخلاف) السكوت لان العادة جرت (بالمسامحة) فى الطعام دون الكسوة ولقلة التفاوت فى الطعام وكثرتها فى الكسوة فان وقت شيئا من الكسوة معروفا جاز استحسانا لان عند ذكر الوصف ينعدم التفاوت او يقل (و) يجوز (فى دارين يسكن هذا) الشريك (هذه) الدار (و) يسكن (هذا) الشريك (الاخر) الدار (الاخرى) ويجبره القاضى عليه اذا طلبه احد الشريكين وهذا ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجر الجبر على قسمتهما واما عنده فلان المنافع فيها لا تتفاوت فيجوز ويجبر منهما ويعتبر افرازا كالاعيان المتقاربة بخلاف القسمة وقد قيل لا يجبر اعتبارا بالقسمة وعنه انه لا يجوز التهايؤ فيه اصلا لا بالجبر ولا بالتراضى (ولا يجوز ذلك) اى التهايؤ (فى دابة) يركب هذا يوما وهذا يوما (او دابتين) يركب هذا هذه (وهذا الاخرى الا بتراضيهما) عند الامام لان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق بخلاف العبد والعبدين لانه يخدم باختياره فلا يتحمل الزيادة على طاقته والدابة تتحملها (خلافا لهما) اى عندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان (و) يجوز (التهايؤ) (فى استغلال دار) يستغلها هذا شهرا ويأخذ غلتها وهذا شهرا ويأخذ غلتها (او دارين) هذا هذه يعنى هذا الشريك يستغل هذه الدار ويأخذ غلتها وهذا الشريك الاخر يستغل الدار (الاخرى) ويأخذ غلتها فى ظاهر الرواية لان الظاهر عدم التغير (لا فى استغلال عبد او دابة) اى لا يجوز التهايؤ فى استغلالهما لان النصيبين يتعاقبان فى الاستيفاء فالظاهر التغير فى الحيوان فتفوت المعادلة (وما زاد) فى نوبة (احدهما فى الدار الواحدة) من الغلة على الغلة فى نوبة الاخر (مشترك) لتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما فى نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد لا فى الدارين وفى الهداية والتهايؤ على الاستغلال فى الدارين جائز ايضا فى ظاهر الرواية ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان بخلاف الدار الواحدة والفرق ان فى الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفى الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد فى نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل (و) التهايؤ (فى استغلال عبدين هذا هذا) اى يستغل هذا الشريك هذا العبد ويأخذ غلته (وهذا الاخر) اى يستغل الشريك الاخر العبد الاخر ويأخذ غلته (لا يجوز) عند الامام لان التفاوت فى اعيان الرقيق اكثر من التفاوت من حيث الزمان فى العبد الواحد فالاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ فى الخدمة يجوز ضرورة ولا ضرورة فى الغلة لامكان قسمتها لكونه عينا ولان الظاهر هو التسامح فى الخدمة والاستقصاء فى الاستغلال فلا يتقاسمان كما فى الهداية (خلافا لهما) اى عندهما يجوز اعتبارا بالتهايؤ فى المنافع (وعلى هذا) الخلاف (الدابتان) حيث منع الامام المهايأة فى بغلتين مثلا وجوزها صاحباه لما ذكر (ولا تجوز) المهايأة (فى ثمر شجر او لبن غنم او اولادها) لانها اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة الى التهايؤ بخلاف لبن ابن آدم حيث تجوز المهايأة فيه حتى لو كانت جاريتان مشتركة بين اثنين فتهايئا ان ترضع احديهما ولد احدهما والاخرى ولد الاخر جاز لان لبن ابن آدم

لاقيمة لها تجرى مجرى المنافع والحيلة فى الثمار ونحوه ان يشترى نصيب شريكه ثم يبيع كلها بعد مضى نوبته او ينتفع باللبن المقدر بطريق القرض فى نصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز كما فى التبيين (وتجوز) المهايأة (فى عبد ودار على السكنى والخدمة) لان المهايأة منهما يجوز عند اتحاد الجنس فعند الاختلاف اولى وكذا تجوز المهايأة فى كل (مختلف المنفعة) كسكنى الدار وزرع الارض وكذا الحمام والدار لان كل واحد من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهايأة (ولا تبطل المهايأة بموت احدهما) ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة فى النقض ثم الاستيناف (ولو طلب احدهما القسمة) والاخر المهايأة (بطلت) المهايأة فيما يحتمل القسمة لان القسمة اقوى فى استكمال المنفعة

كتاب المزارعة

(* كتاب المزارعة *) لما كان الخارج فى عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وهى مفاعلة من زارع من الزرع وهو القاء الحب ونحوه فى الارض وفى الشرع (هى) اى المزارعة (عقد على الزرع ببعض الخارج) ويسمى المخابرة والمحاقلة ويسميها اهل العراق القراح (وهى) اى الزراعة (فاسدة) عند الامام لان النبى عليه السلام نهى عن المخابرة بالثلث والربع والمخابرة هى الزراعة على لغة اهل المدينة والتخصيص بالثلث والربع للعادة فى هذا الزمان بهما اذ الفساد ثابت فى غيرهما ايضا ولذا قيل فى التعريف ببعض الخارج ولانها فى معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبى عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز (وعندهما جائزة) لانه عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر وزرع ولان الحاجة ماسة اليها لان صاحب الارض قد لا يقدر على العمل بنفسه ولا يجد ما يستأجر به والقادر على العمل لا يجد ارضا ولا ما يعمل به فدعت الحاجة الى جوازها دفعا للحاجة كالمضاربة (وبه) اى بقولهما (يفتى) لتعامل الناس وبمثله يترك خبر الواحد والقياس (قال) الامام (الحصيرى وابو ح هو الذى فرع هذه المسائل على اصوله) اى على قول من جوز المزارعة كما فى الخلاصة وفى المبسوط ثم التفريع بعد هذا على قول من يجوز المزارعة وعلى اصول ابى حنيفة ان لو كان يرى جوازها (لعلمه ان الناس لا يأخذون فيها) (بقوله) لحاجتهم اليها وتعاملهم بها (ويشترط فيها) اى فى المزارعة عند من يجوزها (صلاحية الارض للزرع) لان المقصود وهو الريع لا يحصل بدون كونها صالحة للزراعة (و) يشترط (اهلية العاقدين) لانه لم يصح عقد بدون الاهلية (و) يشترط (تعيين المدة) لتصير المنافع معلومة كسنة او اكثر فان ذكر وقت لا يتمكن فيه من الزراعة فهى فاسدة وكذا ذكر مدة لا يعيش احدهما الى مثلها غالبا وجوزه بعض وعن محمد بن سلمة انها بلا ذكر المدة جائزة وتقع على سنة واحدة وبه اخذ الفقيه (و) يشترط تعيين (رب البذر) قطعا للمنازعة (و) يشترط تعيين (جنسه) اى البذر ليصير الاجر معلوما اذ الاجر بعض الخارج (و) يشترط تعيين (نصيب الاخر) اى بيان نصيب من لا بذر من جهته لانه اجرة عمله او ارضه فلا بد ان يكون معلوما (و) يشترط (التخلية بين الارض والعامل) لانه بذلك يتمكن من العمل فصار نظير المضاربة لا تصح حتى يسلم المال اليه حتى اذا شرط فى العقد ما يفوت به التخلية وهو عمل رب الارض مع العامل لا يصح (و) يشترط (الشركة فى الخارج) بعد حصوله ليتحقق المعنى المقصود من المزارعة وهو الشركة لانها تنعقد اجارة فى الابتداء وشركة فى الانتهاء ثم فرع على هذا الشرط بقوله (فتفسد) اى المزارعة (ان شرط لاحدهما) اى لاحد العاقدين (قفزان) جمع قفيز (معينة) لاحتمال انقطاع الشركة عند اخراج الارض مقدارا مذكورا وقليلا فح لا يوجد على ما عقد عليه وهو الاشتراك فيما يخرج على الشيوع (او شرط لاحدهما (ما يخرج من موضع معين) وكون الباقى بينهما لانقطاع الشركة بان لا يحصل حبة الا من موضع مذكور (كالماذيانات) جمع ماذيان وهو معرب وهو اصغر من النهر واعظم من جدول (والسواقى) جمع ساقية وهى فوق الجدول دون النهر كما فى المغرب فيكون الماذيان والساقية من الالفاظ المترادفة وانما تفسد المزارعة لاحتمال ان لا يخرج الا منها فيؤدى الى قطع الشركة (او) شرط (ان يدفع قدر البذر) لصاحب البذر وكون الباقى بينهما (او) شرط ان يرفع قدر (الخراج ويقسم ما يبقى) من قدر البذر او قدر الخراج بينهما لانه يؤدى الى قطع الشركة فى بعض معين او فى الجميع لاحتمال ان لا يخرج الا قدر البذر او الخراج والمراد من الخراج الخراج الموظف بان كان الموضوع على الارض دراهم مسماة واما اذا كان الخراج خراج مقاسمة بان كان الموضوع عليها نصف الخراج او ثلثه او نحو ذلك من الجزء الشائع وان اشترط رفعه لا تفسد المزارعة لانه لا يؤدى الى قطع الشركة (او) شرط (ان يكون التبن لاحدهما والحب للاخر) لانه يحتمل ان تصيبه آفة لا تحصل بها الحب سوى التبن فيؤدى الى انقطاع الشركة فى المقصود وهو الحب (او يكون الحب بينهما والتبن لغير رب البذر) لانه خلاف مقتضى العقد (او يكون التبن بينهما والحب لاحدهما) بعينه لانه لا يؤدى الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (وان شرط كون الحب بينهما والتبن)

رب

لرب البذر (او شرط رفع العشر) اى عشر الخارج والارض عشرية والباقى بينهما (صحت) المزارعة اما الاولى فتجوز الشركة لوجودها فى المقصود ولكون التبن لصاحب البذر على ما يقتضيه حكم العقد لانه نماء البذر واما الثانية فلان العشر مشاع فلا يؤدى الى قطع الشركة وكذلك اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للاخر والباقى بينهما (وان) شرط كون الحب بينهما (لم يتعرض للتبن) لحصول الشركة فيما هو المرام (فهو) اى التبن (بينهما) وهذا قول مشايخ بلخ اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه العاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل (وقيل) يكون التبن (لرب البذر) لانه نماء ملكه قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية وفى ديارنا لصاحب البقر لكونه علفا له (واجر الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما) اى على العامل ورب الارض (بالحصص) لان الغرم بالغنم (فان شرط) الاجر (على العامل فسدت) المزارعة لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما فتفسد (وعن ابى يوسف انه) اى الشرط على العامل (يصح) للتعامل بين الناس اعتبارا بالاستصناع (وهو الاصح وعليه الفتوى) وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسى هذا هو الاصح فى ديارنا (وشرطه) اى الاجر (على رب الارض مفسد اتفاقا) لعدم التعامل بذلك (وما) كان (قبل الادراك كالسقى والحفظ فهو على المزارع وان) وصلية (لم يشترط) لان ذلك موجب عقد المزارعة لانه عمل يزداد به الزرع ولا ينقص وفى الهداية فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقى والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما فى ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما قال فى العناية لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما فى نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الاخر (واذا كان البذر والارض لاحدهما والعمل والبقر للاخر او) كانت (الارض لاحدهما والبقية) من العمل والبذر والبقر (للاخر او) كان العمل (لاحدهما والبقية) من الارض والبذر والبقر (للاخر صحت) المزارعة فى الكل اما الاولى فلان الاستيجار يقع على العمل هنا والبقر آلة للعامل كما يقع الاستيجار فى الخياطة على الخياط ويجعل ابرته آلة لها واما الثانية فلان صاحب البذر استأجر الارض بجزء معلوم من الخارج كاستيجارها بدراهم معلومة واما الثالثة فلان صاحب الارض استأجر العامل ليعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره (وان كانت الارض والبقر لاحدهما والبذر والعمل للاخر بطلت) المزارعة لان رب البذر يصير مستأجرا بالبذر وانه لا يجوز لكون الانتفاع بالاستهلاك او يصير مستأجرا للبقر مع الارض ببعض الخارج وانه لا يجوز لعدم التعامل وهو ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه يجوز لما فيه من العادة والقياس يترك به (وكذا) تبطل (لو كان البذر والبقر لاحدهما والارض والعمل للاخر) لان الشرع لم يرد به (او) كان (البذر لاحدهما والباقى) وهو العمل والبقر والارض (للاخر) وانما بطلت لان العامل اجير فلا يمكن ان تجعل الارض تبعا له لاختلاف منفعتهما وههنا صورة اخرى لم يذكرها وهى ان يكون البقر من واحد والباقى من اخر قالوا هى فاسدة لان ذلك استيجار البقر باجر مجهول اذ لا تعامل فى استيجار البقر ببعض الخارج فلا يعلم ما هو اجره بحسب التعامل وفى التنوير دفع رجل ارضه الى اخر على ان يزرعها بنفسه وبقره والبذر بينهما نصفان والخارج بينهما كذلك فعملا على هذا فالمزارعة فاسدة ويكون الخارج بينهما نصفين وليس للعامل على رب الارض اجر ويجب عليه اجر نصف الارض لصاحبها وكذلك تفسد لو كان البذر ثلثاه من احدهما وثلثه من الاخر والريع بينهما على قدر بذرهما (واذا صحت) المزارعة (فالخارج على الشرط) اى فالخارج على ما شرط من النصف او الثلث او نحو ذلك لصحة الالتزام (وان لم يخرج) من الارض شئ (فلا شئ للعامل) لان استحقاقه بالشركة فى الخارج ولا شركة فى الخارج (ومن ابى) اى امتنع (عن المضى) على موجب عقد المزارعة (بعد العقد اجبر) من طرف الحاكم لانها انعقدت اجارة وهى عقد لازم (الا رب البذر) فانه لا يجبر عند الاباء فانه لا يمكنه المضى الا باتلاف ماله وهو القاء البذر على الارض ولا يدرى هل يخرج ام لا فصار نظير ما لو استأجره ليهدم داره ثم امتنع وان امتنع العامل اجبر على العمل لانه لا يلحقه به ضرر كما فى التبيين (وان فسدت) المزارعة (فالخارج لرب البذر) لما مر من انه نماء ملكه (وللاخر اجر مثل عمله) ان كان رب البذر صاحب الارض (او) اجر مثل (ارضه) ان كان البذر من قبل العامل (ولا يزاد) اجر المثل (على ما شرط) اى على المسمى عند الشيخين لوجود الرضى كما فى الاجارة الفاسدة (خلافا لمحمد) فان عنده تجب بالغة ما بلغت لان التسمية عند الفساد تكون لغوا وبه قالت الائمة الثلاثة (وان فسدت المزارعة لكون الارض والبقر فقط لاحدهما لزم اجر مثلهما) اى اجر مثل الارض والبقر لانه استوفى منفعة الارض والبقر بحكم عقد فاسد فيلزم اجر مثلهما (هو الصحيح) احتراز عما قيل يغرم له مثل اجر الارض مكروبة

واما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه لا صحيحا ولا فاسدا و وجوب اجر المثل
لا يكون بدون انعقاد العقد والمنافع لا تتقوم بدونه (واذا فسدت) المزاعة بوجه من وجوه الفساد (والبذر
لرب الارض فالخارج كله حل له) اى حل له قدر البذر والفضل لانه نماء ملكه (وان) فسدت والبذر (للعامل)
لا يطيب له الخارج فح (تصدق بما فضل عن قدر بذره) وقدر (اجرة الارض) لانه حصل من بذره لكن
فى ارض مملوك للغير بعقد فاسد فاوجب خبثا فما كان عوض ماله طاب له وتصدق بالفضل كما فى الاختيار
(واذا ابى رب البذر عن المضى وقد كرب العامل الارض) اى قبلها للحرث (فلا شئ له) اى للعامل فى عمل الكراب
(حكما) اى قضاء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما تتقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لا يجب شئ (ويسترضى) اى
الابى فى عمله (ديانة) على وجه يمكن اذ الغرور فى الكراب من جانب الابى (وتبطل المزارعة بموت احدهما) اى احد
العاقدين (وتفسخ بالاعذار كالاجارة) وقد مر الوجه فى الاجارات (وتفسخ) المزارعة (ان لزم دين محوج الى بيع
الارض) بان لم يقدر على قضائه الا ببيع الارض (قبل نبات الزرع) لان ذلك عذر وهى تفسخ بالاعذار (لا بعده) اى
لا بعد نبات الزرع (ما لم يحصد) اى لو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان فى البيع
ابطال حق المزارع والتأخير اهون من الابطال ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه به قال صاحب الدرر
ولو دفعها ثلث سنين فلما نبت فى الاولى ومات صاحب الارض قبل ادراكه ترك الزرع فى يد المزارع وقسم على الشرط
وبطلت المزارعة فى السنتين الاخريين لان فى ابقاء العقد فى السنة الاولى مراعاة حق المزارع والورثة وفى القطع
ابطالا لحق العامل اصلا فكان الابقاء اولى واما فى الاخريين فلا حاجة الى الابقاء اذ لم يثبت الحق للمزارع فى شئ
بعد فعملنا بالقياس (ولا شئ للعامل ان كان كرب الارض او حفر النهر) لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد وتقومهما
بالخارج فلا خارج (وان تمت مدتها) اى الزراعة قبل ادراك الزرع فعلى العامل اجر مثل حصته من الارض
حتى يدرك الزرع ويستحصد لان فى قلعه ضررا فيبقى باجر المثل الى ان يستحصد ويجب على غير صاحب الارض
بحصته من الاجرة (ونفقة الزرع) ومؤنة الحفظ وكرى الانهار (عليهما) اى على المتعاقدين (بقدر حصصهما)
اى على قدر ملكهما بعد انقضاء المدة عليهما لانها كانت على العامل لبقاء العقد لانه مستأجر فى المدة فاذا مضت
انتهى العقد فتجب عليهما لانه مال مشترك بينهما (وايهما انفق بغير اذن الاخر ولا امر قاض فهو متبرع) لان كل
واحد منهما غير مجبور على الانفاق ولا يقال هو مضطر الى ذلك لاحياء حقه لانه يمكنه ان ينفق بامر القاضى فصار
كالدار المشتركة وليس لرب الارض اخذ الزرع بقلا لما فيه من الاضرار بالمزارع (وان اراد المزارع) ذلك اى اخذ الزرع
بقلا قيل (لرب الارض اقلع الزرع ليكون بينكما واعط نصيبه) اى المزارع (او انفق انت على الزرع وارجع فى حصته)
اى ارجع عليه بما انفقته فى حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهى نظر
للعامل وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر كما فى الهداية (ولو مات
رب الاض والزرع بقل فعلى العامل العمل الى ان يدرك) لان العقد ثمه يبقى فى مدته وموجبه عليه الى ادراكه
او حصاده (وان مات العامل) والزرع بقل (فقال وارثه انا اعمل الى ان يستحصد فله) اى للوارث (ذلك) اى ان يعمل
مكانه نظرا للورثة (وان) وصلية (ابى رب الارض) ولا اجر للوارث بمقابلة عمله لانه قام مقام العامل وهو
لا يستحق الاجر فى المدة كان الوارث ورثه مع ما لزم عليه من العمل فان اراد الوارث قلع الزرع لم يجبر على العمل
والعامل على الخيارات الثلث لما بينا لكن لو رجع المالك بالنفقة يرجع بكلها اذا لعمل على العامل مستحق لبقاء
العقد كما فى الكفاية وفى التنوير الغلة فى المزارعة مطلقا اى صحيحة او فاسدة امانة فى يد المزارع فلا ضمان لو هلكت
ومثله المعاملة واذا قصر المزارع فى سقى الزرع حتى هلك الزرع لم يضمن فى الفاسدة ويضمن فى صحيحة * كتاب المساقاة
لا يخفى عليك انه كان المناسب ان يقدم المساقاة على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث فى معاملة
النبى عليه السلام باهل خيبر غير ان اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما شدة الاحتياج
الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثانى كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة والمساقاة من
المزاعة كما فى النتف والثمار على المعاملة التى هى لغة اهل المدينة لانها اوفق بحسب الاشتقاق ولم يفرق بين معناها
اللغوى والشرعى فالتفرقة من الظن كما فى القهستانى (هى دفع الشجر الى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره) اى الشجر
(وهى) المساقاة كالمزارعة حكما حيث يفتى على صحتها (وخلافا) حيث تبطل عند الامام (وتصح عندهما) كالمزارعة
وبه قالت الائمة الثلاثة (وشروطها) يمكن شروطها فى المساقاة كذكر نصيب العامل والشركة فى الثمر والتخلية
بين العامل والشجر واما بيان البذر ونحوه فلا يمكن فى المساقاة (الا المدة فانها) اى المساقاة تصح بلا ذكرها

اى بلا بيان المدة استحسانا فان الادراك الثمر وقتا معلوما وقل ما يتفاوت فيه فيدخل فيه ما هو المتيقن به وادراك
البذر فى اصول الرطبة فى هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط فيه بيان المدة بخلاف الزرع
فى ظاهر الرواية لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة الفاحشة قال
صاحب المنح وغيره وشروطها الا فى اربعة اشياء احدها اذا امتنع احدهما يجبر عليه اذ لا ضرر عليه فى المعنى
بخلاف المزارعة والثانى اذا انقضت المدة يترك بلا اجر ويعمل بلا اجر وفى المزارعة باجر والثالث اذا استحق
النخيل يرجع العامل باجر مثله وفى المزارعة بقيمة الزرع والرابع ما بين فى المتن (وتقع) مدة المساقاة (على) مدة
(اول ثمرة تخرج) فى هذه السنة فاول المدة وقت العمل فى الثمر المعلوم واخرها وقت ادراكه المعلوم فيجوز وفى المنح
والفتوى على انه يجوز وان لم يبين المدة فتكون له ثمرة واحدة فلو لم يخرج فيها انقضت المساقاة (و) تقع (فى الرطبة
على ادراك بذرها) اى دفع الرطبة لادراك البذر كدفع الشجر لادراك الثمر يعنى اذا دفعها بعدما تناهى نباتها
ولم يخرج بذرها فيقوم عليها ليخرج البذر فهو جائز كما فى القهستانى (ولو دفع نخيلا او اصول رطبة ليقوم عليها)
معناها حتى يذهب اصولها او ينقطع نباتها لانه لا يعرف متى ذلك (او اطلق فى الرطبة) يعنى لم يقل حتى يذهب
اصولها (فسدت) المعاملة لانه لا يعلم وقت اول جزء منها حتى او عرف جاز كما لو اطلق فى النخل فانه ينصرف
الى الثمرة اولى (و يفسدها) اى المساقاة (ذكر مدة لا يخرج الثمر فيها) اى فى المدة لفوات الحق وهو الشركة
فى الخارج فللعامل اجر المثل (وان احتمل خروجها) اى خروج الثمر فيها (وعدمه) اى عدم خروجها فيها (جازت)
المساقاة لاحتمال حصول الحق (فان خرج الثمر فيها) اى فى المدة (فعلى الشرط) الذى شرطاه (لتحقق المرام)
وان تأخر عنها اى عن المده (فسدت) المساقاة (وللعامل اجر مثله) لفساد العقد لانه تبين الخطأ فى المدة المسماة
فصار كما اذا علم فى الابتداء كما فى الهداية وفى المنح كلام فان شئت فارجع اليه (وكذا) اى للعامل اجر مثله (كل موضع
فسدت) المساقاة (فيه) لانها فى معنى الاجارة الفاسدة (وان لم يخرج شئ) من الثمر (فلا شئ له) اى للعامل بناء على
جواز ان لا يخرج ابدا لافة سماوية فلم يتبين الخطأ فى المدة وفى القهستانى هذا عند ابى يوسف (وقالا له اجر المثل)
ويصح المساقاة فى النحل والكرم والشجر والرطاب) يعنى البقول كالكراث والاسفاناخ ونحوهما (واصول
الباذنجان) عندنا لحاجة الناس فى كلها لا فى بعضها وانما ذكر الشجر هنا مع انفهامه مما سبق وذكر النخل مع
دخوله فى الشجر ردا للشافعى اذ عنده لا يجوز فى الشجر ويجوز فى النخل والكرم لوقوع الاثر فيهما لا فى غيرهما
(فان كان فى الشجر ثمر ان كان الثمر يزيد بالعمل صحت) المساقاة (والا) اى ان لم يزد بالعمل بان انتهى الثمر (فلا) تصح
لان العامل لا يستحق الا بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهى لان جوازه قبل التناهى للحاجة على خلاف القياس
ولا حاجة الى مثله فبقى على الاصل وكذا (فى المزارعة اذا دفع ارضا فيها بقل) فانها تجوز وان استحصد
وادرك لم تجز لما قررناه قبيله والاصل ان المعاملة متى عقدت على ما هو فى حد النمو والزيادة صحت واذا
عقدت على ما تناهى عظمه وصار بحال لا يزيد فى نفسه بسبب عمل العامل لا تصح وانما يعرف (خروج)
الاشجار عن حد الزيادة اذا بلغت واثمرت كما فى المنح (وما قبل الادراك كالسقى والتلقيح والحفظ فعلى العامل)
لانه من تمام عمله (وما بعده) اى بعد الادراك (كالجذاذ) اى القطع (والحفظ) بعد الجذاذ (فعليهما) لان الثمر
بعد الادراك صار ملكا مشتركا فيه فيشتركان فى نحو هذا العمل بقدر الحصص (ولو شرط) اى ما يعمل بعده
(على العامل فسدت) المساقاة (اتفاقا) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للاخر فيكون مفسدا (وتبطل
المساقاة (بموت احدهما) اى احد العاقدين (فان كان الثمر خاما) اى نيا لكن فى الفرائد كلام ان شئت فارجع اليه
(عند الموت او تمام المدة) على تقدير ذكر المدة فيها (يقوم العامل او وارثه عليه) كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر
قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية ان مات الدافع فى حال ان الثمر نى يقول العامل عليه كما قام وان مات العامل والثمر نى
يقوم وارث العامل عليه كما قام مورثه (وان) وصلية (ابى الدافع) على كونه حيا (او ورثته ان ميتا) اى ليس لهما المنع
من ذلك استحسانا كما فى المزارعة لان فى منعه الحاق الضرر به فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر للدافع ولا على
ورثته (فان اراد) العامل (صرمه) اى قطعه بسرا والمناسب ان يقول (نيا خير الاخر) ان حيا (او وارثه) ان ميتا (بين
ان يقسموه) اى البسر (على الشرط او يدفعوا قيمة نصيبه) اى نصيب العامل من البسر (او ينفقوا) على البسر
(حتى يبلغ ويرجعوا) عليه بما انفقوا فى حصة العامل من البسر لانه ليس له الحاق الضرر بهم (كما مر فى المزارعة على
هذا الوجه وقد بينا ههنا وجه الخيار فيها فلا نعيد (ولا تفسخ) المساقاة (بلا عذر) لان المساقاة تنعقد اجارة وتتم
شركة فيكون انفساخ عقدها بما تفسخ الاجارة به (ومرض العامل اذا عجز عن العمل عذر) وفى الهداية

ومن الاعذار مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان فى الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلزمه فيجعل عذرا ولواراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (وكذا كونه) اى العامل (سارقا يخاف منه على الثمر والسعف) قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضرر لم يلتزمه فتفسخ به (ولو دفع فضاء) اى ارضا بيضاء الى رجل (مدة معلومة لمن يغرس) فيها شجر (لتكون الارض والشجر بينهما لا يصح) لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا للدافع قبل الشركة بلا عمله (والشجر) الذى يغرس (لرب الارض) لوقوع الغرس بالتراضى فيتبع الارض لاتصاله بها (وللغارس قيمة غرسه) (و) اجر مثل (عمله) لانه ابتغى لعمله اجرا وهو نصف الارض او نصف الخارج ولم يحصل له منه شئ فيجب عليه اجر مثله قيل حيلة الجواز ان يبيع نصف الاغراس بنصف الارض و يستأجر صاحب الارض العامل ثلث سنين مثلا بشئ قليل ليعمل فى نصيبه وفى التنوير ذهبت الريح بنواة رجل والقتها فى كرم اخر فنبتت منها شجرة فهى لصاحب الكرم وكذالو وقعت خوخة فى ارض غيره فنبتت وفى المنح دفع كرمه معاملة بالنصف ثم زاد احدهما على النصف ان زاد صاحب الكرم لا يجوز لانه هبة مشاع وان زاد العامل يجوز لانه اسقاط *) كتاب الذبائح (* وجه المناسبة بين المساقاة والذبائح اصلاح ما لا ينتفع به بالاكل فى الحال للانتفاع فى المأل (الذبيحة اسم لما يذبح) مجاز باعتبار ما يؤول لان الذبيحة اسم لما ذبح او لما اعد للذبح كما فى شرح الكنز للعينى وفى القهستانى والذبيحة ما يستذبح من النعم فانه منتقل الى الاسمية من الوصفية اذ الذبيح ما ذبح فليس الذبيحة المذكاة كما ظن والمراد ذبح الذابح (والذبح) فى الشرع (قطع الاوداج) جمع ودج والمراد الودجان والحلقوم والمرئ وانما عبر عنه بالاوداج تغليبا كما ورد فى الحديث قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية الذبائح جمع ذبيحة وهى اسم للمذبوح والذبح بالفتح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج وبالكسر اسم كالذبيحة والذكوة الذبح وهى اسم من ذكى الذبيحة تذكية اذا ذبحها قال حرم ذبيحة لم تذك قيل يراد بالذبيحة معناه المجازى فالمعنى حرم حيوان من شانه الذبح اذا لم يذبح فيخرج السمك والجراد اذ ليس من شانهما الذبح وقيل يراد بها معناها الحقيقى فالمعنى حرم مذبوح لم يذك بمعنى لم يذكر اسم الله تعالى فهذا لا يتناول حرمة ما ليس بمذبوح كالمتردية والنطيحة ونحوهما نصا ولا ظاهرا وقيل المعنى حرم مذبوح لم يذبح ذبحا شرعيا فحينئذ يفهم حرمة مثل المتردية والنطيحة بطريق الدلالة فان ما كان حراما اذا لم يذك حال كونه مذبوحا فحرمة ما لم يذك حال عدم كونه مذبوحا احرى والبق وحكمه الى الفهم اسبق لكن لا يخرج منه السمك بقال حمل الذبيحة على معناها المجازى اولى من الحمل على معناها الحقيقى اذ فى تناول الحقيقى لحرمة بعض الصور تكلف وفى اخراج ما لم يذبح منه تعسف (وتحل ذبيحة مسلم وكتابى ذمى او حربى) اما المسلم فلقوله تعالى الا ما ذكيتم والخطاب للمسلمين واما الكتابى فلقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم والمراد به مذكاتهم لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من اى كافر كان وفى المنح المولد بين كتابى ومجوسى تحل ذكاته وفى التجريد ولو اهل نصرانى على ذبيحته بغير اسم الله تعالى فيسمع كلامه لم تؤكل ومن لم يشاهد ذبحه منهم حل اكل ذبيحتهم لكن فيه كلام قد قررناه فى النكاح (ولو) كان الذابح (امرأة او صبيا او مجنونا يعقلان) حل الذبيحة بالتسمية و يضبطان شرائط الذبح و يقدران على الذبح والاصلاح فمن لا يعقل ولا يضبط لا تحل ذبيحته (او) كان الذابح (اخرس) لان الاخرس عاجز عن الذكر فيكون معذورا وتقوم الملة مقام تسميته كالناسى بل اولى (او اقلف) وانما ذكر الاقلف مع ان حل ذبيحته يفهم مما سلف احترازا عن قول ابن عباس رضى الله عنهما فانه يقول شهادة الاقلف وذبيحته لا تجوز منعا عن ترك الختن بلا عذر (لا) تحل (ذبيحة وثنى) لانه مشرك كالمجوس وهو الذى يعبد الوثن وهو الصنم هذا عندهما واما عنده تحل لكن لا خلاف حقيقة على ما مر فى النكاح (او مجوسى) لانه مشرك ليس له ادعاء ملة التوحيد (او مرتد) لانه لا ملة له حيث ترك ما عليه ولم يقر على ما انتقل اليه عندنا بخلاف اليهودى اذا تنصر او بالعكس او تنصر المجوسى او تهود لانه يقر على ما انتقل اليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح حتى لو تمجس يهودى او نصرانى لا يحل صيده ولا ذبيحته (او تارك التسمية) حال كونه (عمدا) مسلما كان او كتابيا عندنا لقوله تع ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه خلافا للشافعى لقوله تع الا ما ذكيتم قال ابو يوسف والمشايخ على ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضى بجواز بيعه لا ينفذ وفى شرح الوقاية لصدر الشريعة تفصيل ولحاشيته للاخر مناقشة فليراجعهما وفى الهداية لكونه مخالفا للاجماع وفى القهستانى وفيه اشعار بان التسمية شرط الحل ويدخل فيه كل اسم من اسمائه فلو قال الله او غيره مريدا له جاز فلو سمى ولم ينو الذبح لم يحل والاحسن بسم الله والمستحب عند البقالى بسم الله والله اكبر وكذا عند الحلوانى الا انه كرهه مع الواو ولكن المنقول عن الاثر بالواو فلا يكره وانما حل الاكل اذا سمى على الذبيحة لانه

لوسمى

لوسمى عند الذبح لافتتاح عمل لم يحل لما فى التنوير ولو سمى ولم يحضره النية صح بخلاف ما لو قصد بالتسمية التبرك فى ابتداء الفعل فانه لا يصح كما لو قال الله اكبر واراد به متابعة المؤذن فانه لا يصير شارعا فى الصلوة وان لم يكن له نية فى التسمية يحل وكذا اذا فصل بينه وبين التسمية بعمل كثير لم يحل وكذا لو سمى وذبح لقدوم الامير وغيره من العظماء لا يحل لانه ذبح تعظيما له لا لله تعالى بخلاف ما اذا ذبح للضيف فانه لله تعالى (فان تركها) اى التسمية (ناسيا يحل) ذبيحته لان النسيان مرفوع حكمه خلافا لمالك (وكره) المذبوح (ان يذكر مع اسم الله تعالى غيره وصلا دون عطف) مثل ان يقول بسم الله محمد رسول الله بالرفع لانه غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ لكن يكره لوجود القران والوصل صورة وان قال بالخفض لا يحل قيل هذا اذا كان يعرف النحو اكل ذبيحتهم (و) كره (ان يقول بسم الله اللهم تقبل من فلان) فانه لا يحرم لان الشركة لم توجد ولم يكن الذبح واقعا عليه ولكنه يكره لما ذكرنا قبيله (فان قاله) اى قوله اللهم تقبل من فلان (قبل الاضجاع) او بعد الاضجاع (او) قبل (التسمية او بعد الذبح لا يكره) لما روى عن النبى عليه السلام انه اذا اراد ان يذبح اضحيته يقول هذا منك ولك صلوتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له و بذلك امرت وانا اول المسلمين بسم الله والله اكبر كما قررناه فى الحج ثم يذبح و يقول بعده اللهم تقبل هذا من امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ (وان عطف حرمت) ذبيحته (نحو بسم الله وفلان بالجر) قال العينى فى شرح الكنز والاوجه ان يعتبر الاعراب بل يحرم اكل الذبيحة مطلقا بالعطف نحو ان يقول بسم الله واسم فلان و بسم الله ومحمد رسول الله بالخفض ولو رفع المعطوف على اسم الله تحل واختلفوا فى النصب و يكره فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة (وكذا) تحرم (ان اضجع شاة وسمى) ثم تركها ولم يذبحها (وذبح غيرها) اى غير الشاة (بتلك التسمية) لان التسمية فى الذبح مشروطة على الذبيحة ولم تقع على الثانية فتحرم (وان ذبحها) اى الذبيحة الاولى (بشفرة اخرى حلت) لانه لا اعتبار باختلاف الالة هنا (وان رمى الى صيد وسمى فاصاب) السهم (غيره) اى غير ذلك الصيد (اكل) لان التسمية هنا على الالة لان التكليف بحسب الوسع والذى فى وسعه هو الرمى دون الاصابة على ما قصده (وان سمى على سهم ورمى بغيره) اى بغير ذلك السهم الذى سمى عليه (لا يؤكل) لانه لم يعلق التسمية على ذلك الغير فكان رميه بلا تسمية (والارسال) اى ارسال الكلب والجارح (كالرمى) حكما فلو ارسل كلبه الى صيد وسمى فترك الكلب ذلك الصيد فاخذ غيره حل لتعليق التسمية بالالة بخلاف ما اذا ارسل كلبا وسمى ثم تركه وارسل اخر فاصاب لا يؤكل لعدم وجود التسمية على الالة وهو الشرط وفى المنح و يشترط التسمية حال الذبح وفى الرمى عند الرمى وفى الارسال عند الارسال والمعتبر الذبح عقيب التسمية قبل تبدل المجلس (والشرط) فى التسمية (الذكر الخالص) المجرد عن شوب الدعاء وغيره قال ابن مسعود رضى الله عنهما جردوا التسمية ثم فرعه بقوله (فلو قال) عند الذبح (اللهم اغفر لى لا يحل) لانه دعاء وسؤال (و بالحمد لله وسبحان الله) يريد به التسمية (يحل) لانه ذكر خالص فيقوم مقام التسمية (لا) يحل فى الاصح (لو عطس) عند الذبح (وحمد له) لانه يريد الحمد لله على النعمة دون التسمية بخلاف الخطبة حيث يجزيه ذلك عن الخطبة اذا نوى لان المذكور فيها ذكر الله تعالى مطلقا وفى الذبيحة المأمور به هو الذكر على المذبوح وفى المنح وفى قواعد صاحب البحر واما النية فى الخطبة للجمعة فشرط صحتها حتى لو عطس بعد صعود المنبر فقال الحمد لله للعطاس غير قاصد لها لم تصح (والسنة نحر الابل) اى قطع عروقها الكائنة فى اسفل عنقها عند صدورها لان موضع النحر عنها لا لحم عليه وما سوى ذلك من الحلق عليه لحم غليظ فالنحر اسهل من الذبح (وذبح البقر والغنم) لان اسفل الحلق واعلاه سواء فى اللحم منهما والذبح ايسر (و يكره العكس) اى ذبح الابل ونحر البقر والغنم لترك السنة المتوارثة لقوله تعالى ان الله يأمركم ان تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم وقال تعالى فصل لربك وانحر اى انحر الجزور (و يحل) لوجود شرط الحل وهو قطع العروق وانهار الدم والسنة ان ينحر البعير قائما و يذبح الشاة مضطجعة وكذا البقر (والذبح) اى قطع اوداج (بين) الحلق هو الحلقوم على ما فى النهاية (واللبة) بفتح اللام والباء المشددة هى المنحر من الصدر على ما فى الكافى والهداية موافقا لرواية المبسوط وفى الخانية محل الذكوة الحلق كله لقوله عليه السلام الذكوة ما بين اللبة واللحيين وهو الموافق لرواية الجامع الصغير انه لا بأس بالذبح فى الحلق اعلاه واسفله واوسطه وعن هذا قال (اعلى الحلق او اسفله او اوسطه) فيكون عطف بيان لقوله بين قال ابو المكارم وفى الكافى ان ما بينهما هو الحلق كله وقد سبق ان الحلق هو الحلقوم فظهر فساد ما فى الكفاية من ان مقتضى رواية الجامع ان الذبح لو وقع فى اعلى من الحلقوم كان المذبوح حلالا لكونه ما بين اللبة واللحيين وقد صرح فى الذخيرة ان الذبح اذا وقع فى اعلى من الحلقوم لا يحل انتهى لكن قال

القهستانى والحلق فى الاصل الحلقوم استعمل فى بعض العنق بعلاقة الجزئية لقرينة رواية المبسوط والذخيرة وكلام التحفة والعتابى والكافى والمضمرات يدل على ان الحلق يستعمل فى العنق بعلاقة الجزئية بقرينة رواية الجامع فالمعنى من مبدأ الحلق واللبة فالمذبح عند الاولين من العقدة وعند الاخرين من اصل العنق فمن الظن الفاسد افساد كلام الكفاية بناء على كلام الاخرين مع انه حمله على خلاف مراده حيث نقله هكذا مقتضى رواية الجامع ان الذبح لو وقع فى اعلى من الحلقوم كان المذبوح حلالا وكلامه هكذا هذه الرواية تقتضى ان يحل وان وقع الذبح فوق الحلق قبل العقدة ولو جعل بين بمعنى فى كما فى الكرمانى لم يستقم كما لا يخفى (وقيل لا يجوز فوق العقدة) وانما اتى بصيغة التمريض لمخالفته ظاهر الحديث الذى مر آنفا (والعروق) اى عروق الذبح الاختيارى كما فى اكثر الكتب لكن بعيد بل الاولى عروق الحلق فى المذبح كما فى القهستانى (التى تقطع فى الذكوة) اربعة (الحلقوم) مجرى النفس والمرئ مهموز اللام فعيل مجرى الطعام والشراب اصله رأس المعدة المتصلة بالحلقوم كما فى الديوان وغيره لكن فى الطلبة ان الحلقوم مجرى الطعام والمرئ مجرى الشراب وفى العينى ان الحلقوم مجريهما وفى المبسوطين انهما عكس ما ذكرنا موافق لما فى الهداية فانه قال واما الحلقوم فيخالف المرئ فانه مجرى العلف والماء والمرئ مجرى النفس (والودجان) تثنية ودج بفتحتين عرقان عظيمان فى جانبى قدام العنق بينهما الحلقوم والمرئ (ويكفى قطع ثلثة منها) اى من الاربعة (اياكانت) عند الامام لان للاكثر حكم الكل وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ما يأتى (وعند محمد) كما فى المحيط وغيره وفى الهداية (وعن محمد لابد من قطع اكثر كل واحد منها) اى من اربعة وهو رواية (عن الامام) لان كل واحد منها منفصل عن الاخر والامر ورد بقطعه فقام الاكثر مقام الكل (وعند ابى يوسف لابد من قطع الحلقوم والمرئ) ولا يكتفى بواحد منهما (واحد الودجين) لان كلا منهما مخالف للاخر ولابد من قطعهما واما الودجان فالمقصود من قطعهما انهار الدم فينوب احدهما عن الاخر وعند الشافعى قطع الودجين ليس بشرط وعند مالك لابد من قطع الكل (وقيل محمد معه) اى مع ابى يوسف وفى الهداية المشهور فى كتب اصحابنا ان هذا قول ابى يوسف وحده وكون محمد معه رواية القدورى فى مختصره (ويجوز الذبح بكل ما افرى الاوداج) اى قطع العروق واخرج ما فيها من الدم لان المراد من الاوداج ههنا كل الاربعة تغليبا (وانهر الدم) يعنى اسالة من نهر الماء فى الارض سال (ولو) وصلية (مروة) بكسر الميم اى يجوز الذبح بها وهى حجر ابيض يذبح بها كالسكين اوليطة بكسر اللام وسكون الياء هى قشر القصب (اوسنا وظفرا منزوعين) اذ بهما تحل الذبيحة مع الكراهة عندنا لقوله عليه السلام انهر الاوداج بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت (لا) تحل (بالقائمين) اى متصلين بموضعهما وعند الشافعى الذبيحة ميتة ولو كانا منزوعين لقوله عليه السلام ما خلا الظفر والسن واما السن فعظم واما الظفر فمدى الحبشة ونحن نحمله على غير المنزوع فانه الصادر من الحبشة (وندب احداد الشفرة قبل الاضجاع) لورود الاثر وان يضجع بالرفق وعلى اليسار ويوجه الى القبلة ويشد ثلث قوائم فقط ويذبح باليمين ويسرع على الذبح واجراء الشفرة على الحلق (وكره بعده) اى بعد الاضجاع اشفاقا على المذبوح (وكذا كره جرها برجلها) اى الذبيحة (الى المذبح) ارفاقا لها (والنخع) بفتح النون وسكون الخاء المعجمة وهو ان يصل الى النخاع وهو خيط ابيض فى جوف عظم الرقبة لزيادة الم بلا حاجة اليه وقيل ان يمد رأسها حتى يظهر مذبحها وقيل ان يكسر رقبتها قبل ان يسكن من الاضطراب وكره (قطع الرأس والسلخ قبل ان تبرد والذبح من القفاء) اذ هو عذاب فوق العذاب (وتحل) الذبيحة لو ذبحها من القفاء (ان بقيت حية حتى قطعت العروق) ليتحقق الموت بما هو ذكوة كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج (والا) اى ولم تبق بل ماتت قبل قطع العروق فلا تحل ولا تؤكل لوجود ما ليس بذكوة كما لو ماتت حتف انفها (ولزم ذبح صيد استأنس) كالظبى اذا تألف فى البيت فانه يذبح لامكانه (وجاز جرح نعم) بفتحتين مثل الغنم والابل والبقر (توحش) بان ندعن اهله ودخل فى البادية وصار وحشيا لان ذكوة الاختيار تعذر فيذكى بالجرح فى بدنه حيث اتفق كالصيد (اوتردى) حيوان فى بئر اذ لم يمكن ذبحه فانه يجرح ويؤكل اذا علم بموته من الجرح والا وان اشكل ذلك اكل لان الظاهر ان الموت منه وكذا الدجاجة اذا تعلقت على شجرة وخيف موتها صارت ذكوتها الجرح ثم ان المص اطلق الجواب فيما توحش من الغنم وكذا فيما تردى وعن محمد ان الشاة اذا ندت فى المصر لا تحل بالعقر وان ندت فى الصحراء تحل بالعقر وفى الابل والبقر يتحقق العجز فى المصر والصحراء فيحل بالعقر وقال مالك يلزم الذبح فى الوجهين لا الجرح لان ذلك نادر ولا عبرة للنادر فى الاحكام (ولا يحل الجنين بذكوة امه اشعر اولا) حتى لو نحر ناقة او ذبح بقرة او شاة فخرج من بطنها جنين ميت لم تؤكل عند الامام وزفر وحسن بن زياد لانه مستقل فى حيوانه فيشترط فيه ذكوة استقلالية (وقالا)

(يحل ان تم خلقه) لقوله عليه السلام ذكوة الجنين ذكوة امه وبه قالت الائمة الثلاثة *) فصل (* فيما يحل اكله وما لا يحل (ويحرم اكل) كل (ذى) اى صاحب (ناب) هو حيوان ينتهب بالناب كالذئب من سبع هو كل جارح منتهب قاتل (او) يحرم كل ذى (مخلب) يختطب بالمخلب كالبازى من الطير فكان من شانهما الايذاء بالناب والمخلب وهو المؤثر فى الحرمة قوله (من سبع) بيان لقوله ذو ناب وقوله (او طير) بيان لقوله والمخلب والمراد من ذى ناب الذى يصيد بنابه ومن ذى مخلب الذى يصيد بمخلبه لا كل ذى ناب ومخلب فان الحمامة لها مخالب والبعير له ناب لما روى عن ابن عباس رضى الله تع عنهما نهى صلى الله عليه وسلم عن اكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير (ولو ضبعا او ثعلبا) لانهما من السباع فلا يؤكل لحمهما كالذئب والنمر والفهد والكلب والسنور اهليا او بريا فيكون الحديث حجة على الائمة الثلاثة فى اباحة اكلهما (و) يحرم اكل (الحمر الاهلية) لما روى ان النبى عليه السلام حرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر بخلاف الوحشية فانها يحل اكلها وعند مالك يحل ايضا فى الاهلية (والبغال) لانه متولد من الحمار وان كانت امه فرسا كان على الخلاف المعروف فى لحوم الخيل وان كانت امه بقرة يؤكل بلا خلاف لان المعتبر فى الحل والحرمة الام فيما تولد من ما كول وغير ما كول (والفيل) لانه ذو ناب (والضب) لانه من السباع خلافا للائمة الثلاثة (واليربوع وابن عرس) يقال لها بالفارسى راسو لانهما من سباع الهوام خلافا للشافعى (والزنبور) لانه من الموذيات (والسلحفاة) البرية والبحرية لانها من الخبائث (والحشرات) الصغار من الدواب جمع الحشرة كالفارة والوزغة وسام ابرص والقنفذ والحية والضفدع والبرغوث والقمل والذباب والبعوض والقراد لانها من الخبائث وقد قال الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما روى من اباحة الضب محمول على الابتداء قبل تحريم الخبائث فالمؤثر فى الحرمة الخبث الخلقى كما فى الهوام او بعارض كما فى الجلالة كبقرة تتبع النجس قيل الحكمة فى حرمة هذه الحيوانات كرامة بنى آدم كيلا يتعدى شئ من الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل فى الخانية لا بأس بدود الزنبور قبل نفخ الروح فيه لان ما لا روح له لا يسمى ميتة واعلم ان الحشرات محرمة عندنا حلال مكروه عند غيرنا وان شاة لو حملت من كلب ورأس ولدها رأس الكلب اكل الا رأسه ان اكل العلف دون اللحم او صاح صياح الغنم لا الكلب او اتى بالصوتين وكان له الكرش لا الامعاء كما فى القهستانى (ويكره الغراب الابقع) الذى يأكل الجيف (والغداف) بضم الغين المعجمة والدال المهملة وفى اخره الفاء نوع من الغراب لاكلهما الجيف (والرخم) جمع رخمة وهو طير ابلق يشبه النسر فى الخلقة (والبغاث) وهو طائر صغير يشبه العصفور لانهما يأكلان الجيف (و) يكره اكل لحم (الخيل تحريما) اى كراهة تحريم عند الامام (فى الاصح) كما فى الخلاصة والهداية وهو الصحيح كما فى المحيط وغيره وهو قول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما وبه قال مالك لانه عليه السلام نهى عن لحم الخيل والبغال والحمير كما فى الكرمانى وغيره وحكى عن عبد الرحيم الكرمينى انه قال كنت مترددا فى هذه المسئلة فرأيت اباحنيفة فى المنام يقول لى كراهة تحريم يا عبد الرحيم وقيل انه رجع قبل موته بثلثة ايام عن حرمة لحمه وعليه الفتوى كما فى كفاية البيهقى ثم انه مكروه كراهة تنزيه فى ظاهر الرواية وهو الصحيح على ما ذكره فخر الاسلام وغيره (وعندهما) والشافعى واحمد (لا يكره الخيل) لحديث جابر رضى الله تعالى عنه انه قال واذن فى لحم الخيل يوم خيبر (وحل العقعق) لانه يخلط فى اكله فاشبه الدجاج وعن ابى يوسف انه يكره لان غالب ما كوله الجيف والاول اصح (وغراب الزرع) لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث فحاصله ان الغراب ثلثة انواع نوع يأكل الحب فقط وهو ليس بمكروه ونوع يأكل الجيف فقط وهو مكروه ونوع يأكل الحب مرة والجيف اخرى وهو غير مكروه عند الامام ومكروه عند ابى يوسف (والارنب) لانه عليه السلام امر اصحابه ان يأكلوه حين اهدى اليه مشويا وكذا الوبر كما فى شرح الكنز للعينى وفى النهاية وذكر فى بعض المواضع ان الخفاش يؤكل وذكر فى بعضها لا يؤكل لان له نابا (ولا يؤكل من حيوان الماء) وهو الذى يكون مثواه وعيشه فى الماء عندنا لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث (الا السمك بانواعه) غير الطافى وقال مالك وجماعة باطلاق جميع ما فى البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعى انه اطلق ذلك كله والخلاف فى الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله صلى الله عليه وسلم فى البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم فى هذه الاشياء اذ الدموى لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمول على السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال (كالجريث) بكسر الجيم وتشديد الراء نوع

من السمك غير المار ماهى (والمارماهى) وانما افردهما بالذكر لمكان الخفا فى كونهما من جنس السمك ولمكان
الخلاف فيهما لمحمد ذكره صاحب المغرب وماقيل ان الجريث كان ديوثا يدعو الناس الى حليلته فسخه الله تعالى به
فممنوع لان الممسوخ لانسل له ولايقع باقيا بعد ثلثة ايام وان المار ماهى متولد من الحية ليس بواقع بل هو جنس
شبيه بها صورة (ولايؤكل الطافى منه) هو السمك الذى يموت فى الماء حتف انفه بلاسبب ثم يعلو فيظهر حتى
اذا انحسر عنه الماء يجوز اكله لقوله عليه السلام ما انحسر عنه الماء فكل وروى عن محمد انه اذا انحسر الماء
عن بعضه فان كان رأسه فى الماء فمات لايؤكل وان كان ذنبه فى الماء فمات يؤكل اذ هذا سبب لموته وفى الفتاوى
الصغرى اذا وجد السمك ميتا على الماء و بطنه من فوق لم يؤكل لانه طاف وان كان ظهره من فوق اكل لانه
ليس بطاف وقال الشافعى ومالك لابأس به لاطلاق ماروينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ماروى
جابر رضى الله تعالى عنه عن النبى عليه السلام انه قال ما انصب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفى فلا
تأكلوا (وان مات لحر او برد) او فى كدر الماء (ففيه روايتان) فى رواية يؤكل لوجود السبب بموتها و فى المنح
وقال محمد يحل اكله وبه اخذ ابو الليث وعليه الفتوى وفى اخرى لا لان الماء لايقتل السمك حارا او باردا وبه اخذ
السرخسى وفى الدرر وان ضرب سمكة فقطع بعضها يحل اكل ما ابين ومابقى لان موته بسبب وما ابين من الحى
وان كان ميتا فميتته حلال للحديث وكذا ان وجد فى بطنها سمكة اخرى لان ضيق المكان سبب لموتها وكذا
ان قتلها شئ من طير الماء اوماتت فى جب ماء اوجمعها فى خطيرة لايستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها
بغير صيد فمتن فيها لان ضيق المكان سبب لموتها واذا ماتت فى الشبكة وهى لاتقدر على التخلص منها او اكل شيئا
القاه فى الماء ليأكله فمات منه او ربطها فى الماء فماتت او انجمد الماء فبقيت بين الجمد فماتت يؤكل وفى المنح
اذا رمى صيدا فقطع عضوا اكل الصيد دون العضو ولو قطع نصفين اكلا انتهى (ويحل هو) اى السمك (والجراد
بلاذكوة) لما رويناه لكن بينهما فرق وهو ان الجراد يؤكل وان مات حتف انفه بخلاف السمك وعند مالك
لابد من موت الجراد من سبب وبه قال احمد فى رواية وعن مالك يعتبر قطع رأسه ويشويه (ولو ذبح شاة لم تعلم
حيوتها فتحركت اوخرج منها) اى من الشاة (دم) من غير تحرك (حلت) اكلها لان الحركة وخروج الدم
لايكونان الامن الحى وذكر محمد بن مقاتل ان خرج الدم ولم تتحرك لايحل (والا) اى ان لم تتحرك اولم يخرج الدم
فلا تحل ان لم يعلم حيوته وقت الذبح وان علمت حيوته وقت الذبح (حلت مطلقا) اى على كل حال
قال العينى فى شرح الكنز ولو ذبح شاة مريضة لم تتحرك سنها الافوها قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها لاتؤكل
وان فتحت عينها تؤكل وان مدت رجلها لاتؤكل وان قبضت رجلها اكلت وان نام شعرها لاتؤكل
وان قام شعرها اكلت وفى التنوير سمكة فى سمكة فان كانت المظروفة صحيحة حلتا والاحل الظرف
لا المظروف *) كتاب الاضحية (* عقب به الذبايح لانها كالمقدمة له اذ بها تعرف التضحية اى الذبح
من ايام الاضحى وهى افعولة وكان اصله اضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت احديهما بالسكون فقلبت الواو
ياء وادغمت فى الياء وكسرت الحاء لثبات الياء ويجمع على اضاحى بتشديد الياء قال الاصمعى وفيها اربع
لغات اضحية بضم الهمزة و بكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعلية ويجمع على ضحايا كهدية على
هدايا واضحاة وجمعه اضحى كارطاة وارطى وقال الفراء الاضحى يذكر و يؤنث وفى الشرع هى ذبح حيوان
مخصوص بنية القربة فى وقت مخصوص وهو يوم الاضحى وشرائطها الاسلام واليسار الذى يتعلق به
صدقة الفطر فتجب على الغنى وسببها الوقت وهو ايام النحر وركنها ذبح ما يجوز ذبحها وحكمها الخروج
عن عهدة الواجب فى الدنيا والوصول الى الثواب فى العقبى (هى) اى الاضحية (واجبة وعن ابى يوسف
سنة) مؤكدة وهو قول الشافعى واحمد (وقيل هو) اى كونها سنة (قولهما) يعنى ذكر الطحاوى انها
واجبة عند الامام سنة عندهما ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلايقربن مصلانا
هذا وعيد يلحق بترك الواجب ووجه السنة قوله صلى الله عليه وسلم من اراد ان يضحى منكم شاة فلايأخذ من شعره
واظفاره شيئا اذ التعليق بالارادة ينافى الوجوب لكن المراد من الارادة القصد الذى هو ضد السهو لا التخيير
لانه لاتخيير بين الاداء والترك فكانه صرح به وقال من قصد منكم ان يضحى وهذا لايدل على نفى الوجوب فصار
هذا نظير قوله عليه السلام من اراد منكم الجمعة فليغتسل لم يرد التخيير هناك فكذا هنا وانما تجب التضحية
دون الاضحية لما تقرر من ان الوجوب من صفات الفعل الا ان القدورى ومن تبعه قال ذلك (توسعة)

ومجازا

ومجازا والمراد بالوجوب الوجوب العملى لا الاعتقادى حتى لايكفر جاحدها كما فى المنح (على حر) فلاتجب على العبد
(مسلم) فلاتجب على الكافر (مقيم) فلاتجب على المسافر لقول على رضى الله تعالى عنه ليس على مسافر جمعة ولا
اضحية وعن مالك لايشترط الاقامة و يستوى فيه المقيم بالمصر والقرى والبوادى (موسر) لان العبادة لاتجب
الا على القادر وهو الغنى دون الفقير ومقداره ما تجب فيه صدقة الفطر وقوله (عن نفسه) يتعلق بقوله تجب
لانه اصل فى الوجوب عليه (لا عن طفله) اى اولاده الصغار فى ظاهر الرواية لكونها قربة محضة فلاتجب على
الغير بسبب الغير (وقيل) اى فى رواية الحسن عن الامام (تجب عنه) اى عن الطفل (ايضا) اى كنفسه لكونها
قربة مالية والطفل فى معنى نفسه فيلحق به كما فى صدقة الفطر (وقيل يضحى عنه) اى عن الطفل (ابوه اووصيه
من ماله ان كان له مال (فيطعم) الطفل (منها ما امكن) الاطعام بقدر الحاجة (و يستبدل بالباقى ماينتفع به مع بقائه)
كالثوب والخف فلايستبدل بما ينتفع به بالاستهلاك كالخبز والادام لان الواجب هو اراقة الدم فالتصدق باللحم
تبرع وهو لايجرى فى مال الصبى فينبغى ان يطعم الطفل ويدخر له و يستبدل الباقى بالاشياء التى ينتفع الطفل بها
مع بقاء اعيانها اعتبارا بالجلد الاضحية وفى الهداية وان كان للصغير مال يضحى عنه ابوه اووصيه من ماله عند
الشيخين وقال محمد وزفر والشافعى من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف فى هذا كالخلاف فى صدقة الفطر
وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير فى قولهم جميعا لما قررناه قبيله والاصح ان يضحى من ماله و يأكل منه
ما امكنه و يبتاع بما بقى ماينتفع بعينه (وهى) اى الاضحية (شاة) تجوز من فرد فقط (او بدنة) تجوز من واحد
ايضا (اوسبع) بضم السين بمعنى واحد من السبع (بدنة) بيان للقدر الواجب والقياس ان لاتجوز البدنة الا عن واحد
لان الاراقة واحدة وهى القربة والقربة لاتتجزى الا انا تركناه بالاثر وهو ماروى عن جابر رضى الله عنه انه قال نحرنا مع
رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولانص فى الشاة فيبقى على اصل القياس ثم اراد تفسير
قوله اوسبع بدنة فقال (بان اشترك) المضحى (مع ستة فى بقرة او بعير وكل) واحد منهم (يريد القربة وهو) اى كل
واحد منهم (من اهلها) اى اهل القربة بكونهم مسلمين (ولم ينقص نصيب احدهم عن سبع) ثم فرعه فقال
(فلو اراد احدهم بنصيبه اللحم اوكان كافرا اونصيبه) اى نصيب احدهم (اقل من سبع لايجوز عن واحد منهم)
لما مر ان وصف القربة لايتجزى حتى اذا مات رجل وترك امرأة وابنا وبقرة فضحيا ها يوم العيد لايجوز نصيب
المرأة لانه اقل من السبع وكذا لايجوز فى نصيب الابن لانعدام وصف القربة فى البعض وقال مالك تجوز البدنة
عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولايجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها (و يجوز اشتراك اقل
من سبعة ولو) كانت البدنة بين (اثنين) نصفين فى الاصح قال العينى فى شرح الكنز وتجوز عن ستة او خمسة او اربعة
او ثلثة ذكره محمد فى الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعن من دونه اولى ولاتجوز عن الثمانية لعدم النقل فيه (ويقسم
لحمها) اى اذا جاز على الشركة فقسمة اللحم (وزنا) بين الشركاء لانه موزون (لاجزافا) لان فى القسمة معنى
التمليك فلايجوز جزافا عند وجود الجنس والوزن ولايجوز التحليل لانه فى معنى الهبة وهبة المشاع فيما يقسم
لاتجوز (الا اذا خلط) وضم (مع اللحم من اكارعه اوجلده) اى يكون فى كل جانب شئ من اللحم ومن الاكارع او يكون
فى كل جانب شئ من اللحم و بعض الجلد او يكون فى جانب لحم واكارع وفى اخر لحم وجلد فحينئذ يجوز صرفا للجنس
الى خلاف الجنس كما فى الدرر (ولو شرى بدنة للاضحية ثم اشترك فيها ستة جاز استحسانا) وفى القياس لايجوز
وهو قول زفر ورواية عن الامام لانها اعدها للقربة فلايجوز بيعها وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة
ولايجد الشريك وقت الشراء فمست الحاجة الى هذا (والاشتراك قبل الشراء احب) اذ به يبعد عن الخلاف
و يسلم عن الرجوع فى القربة وروى عن الامام كراهة الاشتراك بعده (واول وقتها) اى اول وقت تضحية الاضحية
(بعد فجر النحر) لكن (لايذبح فى المصر قبل صلوة العيد) لقوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته وهذا
الشرط لمن تجب عليه صلوة العيد و يذبح غير المصرى كاهل القرى قبل الصلوة ومن هنا ظهر ان وقت التضحية
فى حق البعض الذى لاتجب صلوة العيد من طلوع فجر يوم النحر لانعدام المانع وهو الاشتغال بالصلوة وفى حق
البعض يعتبر بعد ان يصلى الامام صلوة العيد الواجبة وعند مالك واحمد اهل المصر لايذبحون قبل ذبح الامام
ايضا وعند الشافعى صح قبل صلوة لو يمضى من الوقت قدر ما يصلى ركعتين مع خطبتين (وآخره) اى آخر
وقتها (قبيل غروب الشمس فى اليوم الثالث) عندنا لما روى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله عنهم انهم قالوا
ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأى لايهتدى الى المقادير وعند الشافعى اربعة لقوله عليه
السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح قلنا اذا كان فى الاخبار تعارض فالاخذ بالمتيقن اولى ثم المعتبر فى ذلك

مكان الاضحية حتى لوكان فى السواد والمضحى فى المصر يجوز من انشقاق الفجر وعلى عكسه لايجوز الا بعد
الصلوة وحيلة المصرى اذا اراد التعجيل ان يخرج بها الى خارج المصر فيضحى بها كما طلع الفجر اعتبارا
بالزكوة بخلاف صدقة الفطر ولوضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزأه استحسانا والمعتبر
هى الصلوة دون الخطبة (واعتبر اخره) اى اخر وقتها (للفقير وضده والولادة والموت) فلوكان غنيا فى اول
ايام فقيرا فى اخرها لاتجب عليه وفى العكس تجب وان ولد فى اليوم الاخير تجب عليه وان مات فيه لاتجب عليه
فتبين ان الامام صلى بغير طهارة تعاد الصلوة دون التضحية كما لوشهدوا انه يوم العيد عند الامام يصلى بالناس
العيد ثم ضحوا ثم بان انه يوم عرفة اجزأهم الصلوة والتضحية كما فى التنوير ولووقعت فى البلد فتنة ولم يبق فيها
وال ليصلى بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر اجزأهم كما فى المنح (واولها) اى اول ايام النحر (افضلها)
لما بيناه انفا (وكره الذبح ليلا) وان جاز لاحتمال الغلط فى ظلمة الليل وفى المنح الظاهر ان هذه الكراهة للتنزيه ومرجعها
الى خلاف الاولى اذ احتمال الغلط لايصلح دليلا على كراهة التحريم التى نسبتها الى الحرام كنسبة الواجب الى الفرض
(فان فات وقتها قبل ذبحها) اى ولولم يضح ما اوجب على نفسه بان عين شاة فى ملكه وقال لله على ان اضحى بهذه
الشاة (لزم التصدق بعين المنذورة حية) سواء كان ذلك الموجب فقيرا اوغنيا ولونذر ان يضحى ولم يسم شيئا يقع
على الشاة ولايأكل الناذر منها واواكل فعليه قيمة اكله لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان يأكل من صدقته
(وكذا) اى لزم التصدق بعين المنذورة حية (ما شراها فقير للتضحية) لان الفقير انما تجب عليه اذا شراها بنية التضحية
فيتعلق بالمحل (والغنى يتصدق بقيمتها شراها) اى الشاة (اولا) لان الواجب يتعلق بذمته (وانما يجزئ فيها) اى فى
الاضحية (الجذع من الضأن) الجذع شاة تمت لها ستة اشهر عند الفقهاء اذا كانت عظيمة لقوله عم لاتذبحوا الا مسنة
الا ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن وعند اهل اللغة ما تمت له سنة وذكر الزعفرانى انه ابن سبعة اشهر
وعن الزهرى من المعز لسنة ومن الضأن لثمانية اشهر (والثنى فصاعدا من الجميع) وهو ابن خمس من الابل وحولين من
البقر والجاموس وحول من الشاة والمعز لانه عرف بالنص على خلاف القياس فيقتصر عليها والمولود بين الاهلى
والوحشى يتبع الام لانها هى الاصل فى التبعية فيجوز بالبغل الذى امه بقرة وبالظبى الذى امه شاة (و) تجوز (الجماء)
بتشديد الميم وهى التى لاقرن لها بالخلقة اذ لايتعلق به المقصود وكذا مكسور القرن بل اولى لما قلنا والخصى وعن الامام
ان الخصى اولى لان لحمه الذ واطيب (والثولاء وهى المجنونة اذا لم يمنعها من السوم والرعى لان هذا لايخل بالمقصود وان منعها
من ذلك لاتجوز اذ يخل (والجرباء السمينة) ولم يتلف جلدها الا ان الجرب فى الجلد ولانقصان فى اللحم وانما قيدنا بالسمينة
لانها اذا كانت مهزولة لاتجوز لان الجرب فى اللحم فانتقص (لا) تجوز (العمياء) وهى الذاهبة العينين (والعوراء) وهى
الذاهبة احدى العينين (والعجفاء) اى المهزولة (التى لاتنقى) اى يبلغ عجفها الى حد لايكون فى عظمها مخ (والعرجاء)
التى لاتمشى الى المنسك اى المذبح لورود النهى عنهن (و) لاتجوز (مقطوعة اليد اوالرجل) لنقصانها (وذاهبة
اكثر العين او) اكثر (الاذن) لقول على رضى الله تع عنه امرنا رسول الله عليه السلام ان نستشرف العين والاذن
وان لانضحى بمقابلة ولامدابرة ولاشرقاء ولاخرقاء (او اكثر (الذنب) لانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن (او) اكثر (الالية)
وانما قيد الذهاب بالاكثر لانه ان بقى الاكثر من العين والاذن والذنب ونحوها جاز لان الاكثر حكم الكل بقاء وذهابا وفى المنح
واختار ابو الليث وعليه الفتوى (وفى ذهاب النصف روايتان) عن الامام وكذا عنهما لما فى الهداية وفى كون النصف
مانعا روايتان عنهما كما فى انكشاف العضو عن ابى يوسف (ويجوز ان ذهب اقل منه) اى من النصف (وقيل ان ذهب
اكثر من الثلث لايجوز) قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية فى ظاهر الرواية عن الامام لان الثلث قليل ولذا تنفذ فيه
الوصية بخلاف ما زاد عليه لكونه اكثر (وقيل ان ذهب الثلث لايجزئ) لقوله عليه السلام فى حديث وصية الثلث والثلث
كثير وفى رواية عنه الربع وفى القهستانى ان كل عيب مانع لها ان كان اكثر من النصف لايجوز بالاجماع وان كان اقل
منه يجوز بالاجماع وطريق معرفة ذهاب العين ان تشد العين المعلولة بعد ان كانت جائعة فيقرب اليها العلف فينظر
اليها من اى مكان رأت العلف ثم تشد العين الصحيحة ويقرب العلف فينظر الى تفاوت ما بين المكانين فان كان ثلثا
فقد ذهب الثلث وهكذا وفى القهستانى ولايجمع ما ذهب من الاذنين على ما قال ابو على الرازى وقال ابن السماعة
انه يجمع وفى شرح الكنز للعينى ولايجوز الهتماء وهى التى لااسنان لها ولا السكاء وهى التى لااذن لها خلقة وان كان
صغيرا يجوز ولا الجلالة وهى التى تأكل العذرة ولاتأكل غيرها ولا الجدا وهى المقطوعة ضرعها ولا المصرمة
وهى التى لاتستطيع ان ترضع فصيلها ولا الحداو وهى التى يبس ضرعها وفى الهداية وهذا الذى ذكرنا اذا كانت
هذه العيوب قائمة وقت الشرا ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا يجزئ به

بهذه

بهذه لان الوجوب على الغنى بالشرع ابتداء فلم يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولايجب عليه ضمان
نقصانه كما فى نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على موسر مكانها اخرى ولاشئ على
الفقير ولوضلت اوسرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى فى ايام النحر على الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما
(ولايضر تعيبها من اضطرابها عند الذبح) وفى الهداية ولواضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزأه
استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعى لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا
لوتعيبت فى هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابى يوسف لانه حصل بمقدمات
الذبح (وان مات احد سبعة) الذين شاركوا فى البدنة (وقال ورثته) وهم كبار (اذبحوها) اى البدنة (عنكم وعنه)
اى عن الميت (صح) ذبحها استحسانا عن الجميع لوجود قصد القربة من الكل والتضحية عن الغير عرفت قربة
لانه عليه السلام ضحى عن امته والقياس ان لايصح وهو رواية عن ابى يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلايجوز عن غيره
(وكذا) صح لوذبح (بدنة عن اضحية ومتعة وقران) مع اختلاف جهات قربتهم عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة
وفى التنوير وان كان شريك الستة نصرانيا اومريد اللحم لم يجز عن واحد منهم (ويأكل من لحم اضحيته ويطعم من شاء
من غنى وفقير) لما روى انه عليه السلام نهى عن اكل لحوم الضحايا بعد ثلث ثم قال كلوا وتزودوا وادخروا والنصوص
كثيرة وعليه اجماع الامة (وندب ان لاينقص الصدقة عن الثلث) لان الجهات ثلث الاكل والادخار والتصدق
وهذا لاينافى استحباب التصدق بما فوقه كالنصف مثلا (وتركه) اى وندب ترك التصدق (لذى عيال توسعة عليهم)
اى على العيال (وندب ان يذبح بيده ان احسن الذبح) لكونه عبادة (والا) اى ان لم يحسنه (يأمر غيره) بالذبح كيلا يجعلها
ميتة (ويحضرها) لقوله عليه السلام لفاطمة رضى الله عنها قومى فاشهدى اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها
كل ذنب (ويكره ان يذبحها كتابى) لانه قربة وليس هو من اهلها واو امره فذبح جاز لانه من اهل الذبح بخلاف المجوسى
(ويتصدق بجلدها) لكونه جزء منها (او يعمله آلة كجراب اوخف اوفرو) لان الانتفاع به ليس بحرام (اويشترى به)
اى بالجلد (ما ينتفع به مع بقائه) اى بقاء ما ينتفع به استحسانا (كغربال ونحوه) لان للبدل حكم المبدل (لا ما يستهلك)
اى لايشترى به ما لاينتفع به الا بعد الاستهلاك (كخل وشبهه) ولايبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله
والمعنى انه لايتصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد فى الصحيح حتى لايبيعه بما لاينتفع به الا بعد الاستهلاك
(فان بدل اللحم اوالجلد به) اى بما ينتفع بالاستهلاك جاز (ويتصدق به) لانتقال القربة الى البدل وقوله عليه السلام
من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم هذا قول الامام
وعن ابى يوسف بيع الاضحية اوجلدها اولحمها باطل لانه بمنزلة الوقف وفى التنوير ولايعطى اجر الجزار منها
(ويكره جز صوفها) قبل الذبح لينتفع به بخلاف ما بعده ويكره الانتفاع بلبنها قبله (ولوذبح اضحية غيره بغير
امره جاز) استحسانا ولاضمان على الذابح ولايجوز قياسا وهو قول زفر لانه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا
ذبح شاة اشتراها القصاب واذا ضمن لايجزيه عن الاضحية وجه الاستحسان انه لما اشتراها للاضحية فقد تعينت
للذبح اضحيته حتى وجب عليه ان يضحى بها فصار مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح آذناله دلالة لانه ربما يعجز
عن اقامتها لعارض يعرض له فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها ليذبحها وان كان تفوته المباشرة وحضورها
لكن يحصل له تعجيل البر وحصول مقصوده بالتضحية بما عينه فيرضى به ظاهرا وفى شرح المجمع ولوذبح الراعى
والاجنبى شاة لايرجى حيوتها لا يضمن وقال الصدر الشهيد يضمن (ولوغلط اثنان فذبح كل شاة الاخر صح ولاضمان)
استحسانا ولايصح قياسا ويضمن كل واحد منهما اصاحبه لما مر قبيله (ويتحالان) يعنى يأخذ كل واحد منهما
اضحيته ان كانت باقية ولايضمنه لانه وكيله ان كانت ما كولة يحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهم لانه
لواطعمه الكل فى الابتداء يجزوان كان غنيا فكذا له ان يحلل له فى الانتهاء (وان تشاحا) اى تنازعا بان اضحيتى اعظم
واسمن ولم يرضيا (ضمن كل) واحد منهما (صاحبه قيمة لحمه) لان التضحية لما وقعت لصاحبه كان اللحم له ومن اتلف
لحم اضحية غيره ضمنه (وتصدق بها) اى بتلك القيمة لانه بدل لحم الاضحية (وصحت التضحية بشاة الغصب
دون شاة الوديعة وضمنها) لان فى الغصب يثبت الملك من وقت الغصب فكانت التضحية واردة على ملكه ولكن يأثم
خلافا لزفر وفى الوديعة يصير غاصبا بالذبح فيقع الذبح فى غير الملك فلم يثبت الملك الا بعد الذبح فكانت الاضحية
واردة على غير الملك كما فى اكثر المعتبرات قال صدر الشريعة يصير غاصبا بمقدمات الذبح كالاضجاع وشد الرجل
فيكون غاصبا قبل الذبح وقال صاحب الدرر حقيقة الغصب كما تقرر فى موضعه ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة
وغاية ما يوجد فى الاضجاع وشد الرجل اثبات اليد المبطلة ولايحصل به ازالة اليد المحقة وانما يحصل ذلك

بالذبح كما ذهب اليه الجمهور انتهى لكن الظاهر تحقق ازالة البد المحققة بالاضجاع وشد الرجل للذبح فانهما ليسا
من احكام الوديعة ولا من شان المودع تأمل (*كتاب الكراهية (*اورد الكرهية بعد الاضحية لان عامة مسائل
كل واحدة لم تخل من اصل وفرع تردفيه الكراهية الايرى ان فى وقت الاضحية من ليالى ايام النحر وفى التصرف
فى الاضحية بجز الصوف وحلب اللبن كما تقدم الكلام فيه وفى اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة فناسب
ذكر الكراهيــة بعدها هى ضد الارادة والرضاء فى اللغة وانما لقبه بها وفيه غير المكروه لان بيان المكروه اهم
لوجوب الاحتراز عنه ولقبه القدورى بالحظر والاباحة وهو حسن لان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيــه بيان
ما اباحه الشرع وما منعه ولقبه بعضهم بالاستحسان لان فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه وبعضهم بكتاب الزهد
والورع لان كثيرا من مسائله اطلقه الشرع والزهد والورع تركها وفى الشرع (المكروه) كراهة تحريم (الى الحرام
اقرب) عند الشيخين لتعارض الادلة فيه وتغليب جانب الحرمة فيه فيلزمه تركه وتكلسوا فى المكروه والصحيح ما قاله
الشيخان كما فى جواهر الفتاوى (وعند محمد كل مكروه حرام) ما لم يقم دليل على خلافه (ولم يلفظ به) اى لم يطلق عليه
لفظ الحرام فى كتبه (لعدم) الدليل (القاطع) بل كتب بالكراهة فتركه واجب كما فى الحرام فالحرام ما منع عنه بدليل
قطعى وتركه فرض كشرب الخمر والمكروه ما منع بظنى وتركه واجب كاكل الضب فنسبة المكروه الى الحرام كنسبة
الواجب الى الفرض قال ابن الساعاتى فى بحث الحكم وهو ان كان طلب الفعل ينتهض تركه فى جميع وقته سببا لاستحقاق
العقاب فوجوب اولفعل ينتهض فعله خاصة للثواب فندب وخاصة يفيد ان الترك لا يترتب عليه شئ اولترك يصير
فعله سببا لاستحقاق العقاب فتحريم اولترك يصير تركه خاصة للثواب فكراهة وان لم يكن طلبا فان كان تخييرا فاباحة
والافوضعى وقد علم بذلك حدودها واعلم ان الكراهة على قسمين كراهة تحريم وكراهة تنزيه فمشايخنا تارة يقيدونها
وتارة يطلقونها فاما المقيدة فلا كلام فيها واما المطلقة فتحمل على التحريم *) فصل (* فى بيان احوال (الاكل منه)
اى بعض الاكل وكذا الشرب (فرض وهو ما يندفع به الهلاك) وفى تركه القاء النفس فى التهلكة فان هلك فقد عصى
وبه يتمكن من اداء الفرائض ويوجر على ذلك قال عليه السلام ان الله تعالى ليوجر فى كل شئ حتى اللقمة يرفعها العبد
الى فيه (و) بعضه (مندوب وهو ما زاد) على ما يندفع به الهلاك (ليتمكن من الصلوة قائما ويسهل عليه الصوم) لان
الاشتغال بما يتقوى به على الطاعة طاعة وسئل ابو ذر عن افضل الاعمال فقال الصلوة واكل الخبز (و) بعضه
(مباح) اى لا اجر فيه ولا وزر (وهو ما زاد) منتهيا (الى الشبع لزيادة قوة البدن) وفى القهستانى لو اكل للسمن
كره على ما قال ابن مقاتل وعن ابى مطيع لا بأس باكلها خبزا مكسورا فى الماء البارد للسمن ولا شئ على من رزق
بطنا عظيما خلقة له من غير ان يتعمد السمن ولو اكل الوان الطعام ثم تقيأ فوجد نافعا فلا بأس به لانه علاج (و) بعضه
(حرام وهو الزائد عليه) اى على الشبع لانه اضاعة للمال وامراض للنفس لانه تبذير واسراف قال عليه السلام
لا خير فى الشبع ولا فى الجوع خير الامور اوسطها (الا ان قصد التقوى على صوم الغد) لان فيه فائدة (او لئلا
يستحيى الضيف) لانه اذا امسك والضيف لم يشبع ربما استحيى فلا يأكل حياء او خجلا فلا بأس باكله فوق الشبع لئلا
يكون ممن اساء القرى وهو مذموم عقلا وشرعا (ولا تجوز الرياضة بتقليل الاكل حتى يضعف عن اداء العبادة
قال عليه السلام ان نفسك مطيتك فارفق بها وليس من الرفق ان تجيعها وتذيبها ولان ترك العبادة لا يجوز فكذا
ما يفضى اليه واما تجويع النفس على وجه لا يعجز عن اداء العبادات فهو مباح كما فى الاختيار (ومن امتنع من الميتة
حال المخمصة او صام ولم يأكل حتى مات اثم) لانه اتلف نفسه لما بينا انه لا بقاء له الا بالاكل والميتة حال المخمصة اما
حلال او مرفوع الاثم فلا يجوز الامتناع عنه اذا تعين لاحياء النفس وروى ذلك عن مسروق وجماعة من العلماء
والتابعين واذا كان يأثم بترك الميتة فاظنك بترك الذبيحة وغيرها من الحلالات حتى يموت جوعا كما فى الاختيار
وفى البزازية خاف الموت جوعا وعطشا ومع رفيقه طعام او ماء اخذ بالقيمة منه قدر ما يسد جوعته او عطشه فان
امتنع قاتل بلا سلاح وان الرفيق يخاف الموت جوعا وعطشا ايضا ترك له البعض (بخلاف من امتنع من التداوى حتى
مات فانه لا يأثم لانه لا يتيقن ان هذا الدواء يشفيه ولعله يصح من غير علاج كما فى الاختيار (ولا بأس بالتفكه بانواع الفواكه)
لقوله تعالى كلوا من طيبات ما رزقناكم (وتركه افضل) لئلا تنقص درجته (واتخاذ) الوان (الاطعمة سرف)
دل عليه قوله تع اذهبتم طيباتكم فى حياتكم الدنيا (وكذا) سرف (وضع الخبز على المائدة اكثر من قدر الحاجة)
وفى المحيط من الاسراف الاكثار فى الوان الطعام فانه منهى الا اذا قصد قوة الطاعة او دعوة الاضياف قوما بعد قوم
حتى يأتوا على اخره لان فيــه فائدة ومن السرف ان يأكل وسط الخبز ويدع جوانبه وترك اللقمة الساقطة من
المائدة بل يرفعها اولا ويأكلها قبل غيرها ولا يأكل طعاما حارا ولا يشم ويكره اكل الترياق ان كان فيه شئ

من الحيات وكذا معالجة الجراحة بعظم انسان او خنزير لانه يحرم الانتفاع وفى البزازية وضع العجين على الجرح
ان علم فيه شفاء لا بأس به وللذى يرعف ولا يرقأ ان يكتب شيئا من القرأن على جبهته ولو بالبول او على جلد ميتة ان
فيه شفاء (ومسح الاصابع او السكين بالخبز ووضع المملحة عليه) اى على الخبز (مكروه) لا الملح وكذا وضع الخبز
تحت القصعة لان فيه اهانة الخبز وقد امرنا باكرامه وفى الزاهدى اختلفوا فى جواز وضع القصعة على الخبز ومسح اليد
بالخبز واكله بعده وفى البزازية ولا يعلق الخبز بالخوان بل يوضع بحيث لا يعلق ولا يكره قطع اللحم والخبز بالسكين
(وسنة الاكل البسملة فى اوله والحمدلة فى آخره) فان نسى البسملة فليقل اذا ذكر بسم الله على اوله وآخره بجميع ذلك
ورد الاثر وهو شكر المؤمن اذا رزق قال عليه السلام ان الله يرضى عن عبده المؤمن اذا قدم اليه طعام ان يسمى الله
فى اوله ويحمد الله فى آخره (وغسل اليدين قبله) اى قبل الطعام (وبعده) قال عليه السلام الوضوء قبل الطعام
ينفى الفقر وبعده ينفى اللمم والوضوء هنا غسل اليدين (ويبدأ بالشباب قبله) اى قبل الاكل لئلا ينتظر اليهم الشيوخ
(وبالشيوخ بعده) وهو ادب لما فيه اكرام لهم فلا يمسح يده قبل الطعام بالمنديل ليكون اثر الغسل باقيا وقت الاكل
ويمسحها بعده ليزول اثر الطعام بالكلية (ولا يحل شرب لبن الاتان) بالفتح هى انثى الحمر الاهلية لكون اللبن متولدا
من اللحم فيأخذ حكمه ولا يأكل الجلالة ولا يشرب لبنها لانه عليه السلام نهى عن اكلها وشرب لبنها وفى التنوير
واوسق ما يؤكل لحمه خمرا فذبح من ساعته حل اكله ويكره (ولا) يحل (بول ابل) للاختلاف اذ عند الامام حرام
لكون الاصل فى البول حرمة وقد علم النبى عليه السلام شفاء العرنيين بالوحى فالشفاء فى غيرهم غير معلوم فبقى على
الاصل وعند ابى يوسف يحل التداوى بشربه لما روى ان قوما من عرينة مرضوا فى المدينة فامرهم النبى عليه السلام
بان يلحقوا المرعى ويشربوا من ابوال الابل والبانها وعند محمد يحل مطلقا اذ لو كان حراما لا يحل به التداوى لقوله
عليه السلام ما وضع شفاءكم فيما حرم عليكم (و) لا يحل استعمال اناء (ذهب او فضة لرجل وامرأة) لقوله عليه السلام
فمن شرب منه انما يجرجر فى بطنه نار جهنم قيل يجرجر بمعنى يلقى فيكون نار جهنم مفعولا وقيل بمعنى يصوت من
جرجر العجل اذا ازداد صوته فى حنجرته فيكون نار فاعلا فاذا ثبت ذلك فى الاكل والشرب فكذا فى التطيب وغيره لانه
مثله فى الاستعمال ويستوى الرجال والنساء لاطلاق الحديث وكذا الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال
بميلهما وما اشبه ذلك وفى الذخيرة الادهان المحرم ان يأخذ آنية الذهب والفضة ويصب الدهن على الرأس اما اذا
ادخل يده واخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره كما فى النهاية وفى التسهيل وعلى هذا لو اخذ الطعام
من آنية الذهب والفضة بملعقة ثم اكله من الملعقة ينبغى ان لا يكره وكذا لو اخذه بيده واكله ولكن ينبغى ان لا يفتى
بهذه الرواية لئلا ينفتح باب استعمالها لكن فى الدرر تفصيل فليطالع (وحل استعمال اناء عقيق وبلور وزجاج
ورصاص) عندنا لعدم التفاخر بمثل هذه الآنية عادة لانها ليست من جنس الاثمان وقال الشافعى يكره لحصول
التفاخر كالحجرين قلنا لا نسلم ولئن كانت عادتهم جارية بالتفاخر فى غيرهما فلم تكن هذه الاشياء فى معناهما فامتنع
الالحاق بهما ويجوز استعمال الاوانى من الصفر وفى اتبيين ويمكن ان يستدل به على اباحة غير الذهب والفضة لانه
فى معناه بل عينه *) فصل فى الكسب (* وفى الاختيار قال محمد بن سماعة سمعت محمد بن حسن يقول طلب الكسب
فريضة كما ان طلب العلم فريضة وهذا صحيح لما روى ابن مسعود رضى الله عنهما عن النبى عليه السلام انه قال طلب
الكسب فريضة على كل مسلم ومسلمة وقال عليه السلام طلب الكسب بعد الصلوة المكتوبة اى الفريضة بعد الفريضة
ولانه لا يتوسل الى اقامة الفرض الا به وكان فرضا لانه لا يتمكن من اداء العبادات الا بقوة بدنه وقوة بدنه بالقوة عادة وخلقة
وتحصيل القوة بالكسب ولانه يحتاج فى الطهارة الى آلة الاستقاء والانية وفى الصلوة الى ما يستر عورته وكل ذلك
انما يحصل عادة بالاكتساب والرسل عليهم السلام كانوا يكتسبون وكذا الخلفاء الراشدون رضى الله عنهم ولا يلتفت
الى قول جماعة انكروا ذلك وتمامه فيه ان شئت فليراجع وطلب العلم فريضة ايضا على كل مسلم ومسلمة قال فى الخلاصة
حكى عن ابى مطيع انه قال النظر فى كتب اصحابنا من غير سماع افضل من قيام ليلة وفى البزازية طلب العلم والفقه اذا
صحت النية افضل من جميع افعال البر وكذا الاشتغال بزيادة العلم اذا صحت النية وهو اقسام فرض وهو مقدار ما يحتاج
اليه لاقامة الفرائض ومعرفة الحق والباطل والحلال والحرام ومستحب وقربة كتعلم ما لا يحتاج اليه لتعليم من يحتاج اليه
ومباح وهو الزيادة على ذلك للزينة والكمال ومكروه وهو التعلم ليباهى به العلماء ويمارى به السفهاء ولذلك كره الامام
تعلم الكلام والمناظرة فيه وراء قدر الحاجة وفى البزازية وتعلم علم النجوم لمعرفة القبلة واوقات الصلوة لا بأس به والزيادة
حرام والحيلة والتمويه فى المناظرة ان تكلم مسترشدا منصفا بلا تعنت لا يكره وكذا ان غير مسترشد لكنه منصف غير
متعنت فان اراد بالمناظرة طرح المتعنت لا بأس به ويحتال كل الحيلة ليدفع عن نفسه التعنت والتعنت لدفع التعنت

مشروع وفى القهستانى وتعلم المنطق كشرب الخمر وفى قوت القلوب جعل الجهال اصحاب المنطق علماء انتهى والتعليم بقدر مايحتاج اليه لاقامة الفرض فرض ولايجب على الفقيه ان يجيب عن كل مايسأل عنه اذا كان هناك من يجيب غيره فان لم يكن غيره يلزمه الجواب لان الفتوى والتعليم فرض كفاية (افضله) اى الكسب (الجهاد) لان فيه الجمع بين حصول الكسب واعزاز الدين وقهر عدو الله (ثم التجارة) لان النبى عليه السلام حث عليها فقال التاجر الصدوق مع الكرام البررة (ثم الحراثة) واول من فعله آدم عليه السلام (ثم الصناعة) لانه عليه السلام حرض عليها فقال الحرفة امان من الفقر لكن فى الخلاصة ثم المذهب عند جمهور العلماء والفقهاء ان جميع انواع الكسب فى الاباحة على السواء هو الصحيح (ومنه) اى و بعض الكسب (فرض وهو) اى الكسب (قدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء ديونه) لما بينا انه لايتوسل الى اقامة الفرض الابه خصوصا الى قضاء الدين ونفقة من تجب عليه نفقته فان ترك الاكتساب بعد ذلك وسعه وان اكتسب مايدخره لنفسه وعياله فهو فى سعة لان النبى عليه السلام ادخر قوت عياله سنة كما فى الاختيار (ومستحب وهو الزائد عليه) اى على قدر الكفاية (ليواسى به) اى بالزائد (فقيرا او يصل به قريبا) فانه افضل من التخلى لنفل العبادة لان منفعة النفل تخصه ومنفعة الكسب له ولغيره قال عليه السلام الناس عيال الله فى الارض واحبهم اليه انفعهم لعياله (ومباح وهو الزيادة للتجمل) والتنعم قال عليه السلام نعم المال الصالح للرجل الصالح وقال عليه السلام من طلب الدنيا حلالا متعففا لقى الله تعالى ووجهه كالقمر ليلة البدر كما فى الاختيار (وحرام وهو الجمع للتفاخر والبطر وان) وصلية (كان من حل) قال عليه السلام من طلب الدنيا مفاخرا مكاثرا لقى الله وعليه غضبان (و ينفق على نفسه وعياله بلا اسراف ولاتقتير) ولايتكلف لتحصيل جميع شهواتهم ولايمنعهم جميعها بل يكون وسطا قال الله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما ولايستديم الشبع قال عليه السلام اجوع يوما واشبع يوما (ومن قدر على الكسب لزمه) اى عن الكسب لما بيناه آنفا (وان عجز عنه) اى عن الكسب (لزمه السؤال) لانه نوع اكتساب لكن لايحل الا عند العجز قال عليه السلام السؤال اخر كسب العبد (فان تركه) اى السؤال وهو قادر عليه (حتى مات) من جوعه (اثم) لانه القى نفسه الى التهلكة فان السؤال يوصله الى ماتقوم به نفسه فى هذه الحالة كالكسب ولاذل فى السؤال فى هذه الحالة (وان عجز عنه) اى عن السؤال الكسب (يفرض على من علم به) اى بعجزه (ان يطعمه او يدل عليه من يطعمه) صونا له عن الهلاك فان امتنعوا من ذلك حتى مات اشتركوا فى الاثم واذا اطعمه واحد سقط عن الباقين ومن كان له قوت يومه لايحل السؤال (و يكره اعطاء سؤال) جمع سائل كنصار جمع ناصر (المسجد) فقد جاء فى الاثر ينادى يوم القيمة ليقم من يغيض الله فيقوم سؤال المسجد (وقيل ان كان) اى السائل فى المسجد (لايتخطى رقاب الناس ولايمر بين يدى مصل لايكره) اعطاؤه وهو المختار كما فى الاختيار فقد روى انهم كانوا يسئلون فى المسجد على عهد رسول الله عليه السلام حتى روى ان عليا رضى الله عنه تصدق بخاتمه فى الصلوة (ولايجوز قبول هدية امراء الجور) لان الغالب فى مالهم الحرمة (الا اذا علم ان اكثر ماله من حل) بان كان صاحب تجارة اوزرع فلا بأس به وفى البزازية غالب مال المهدى ان حلالا لابأس بقبول هديته واكل ماله مالم يتبين انه من حرام لان اموال الناس لاتخلو عن حرام فيعتبر الغالب وان غالب ماله الحرام لايقبلها ولايأكل الا اذا قال انه حلال ورثته او استقرضته ولهذا قال اصحابنا لو اخذ مورثه رشوة او ظلما ان علم وارثه ذلك بعينه لايحل له اخذه وان لم يعلمه بعينه له اخذه حكما لاديانة فيتصدق به بنية الخصماء وفى الخانية وقال الحلوانى وكان الامام ابو القاسم الحكيم يأخذ جوائز السلطان والحيلة فيه ان يشترى شيئا بمال مطلق ثم ينقده من اى مال شاء كذا رواه الثانى عن الامام وعن الامام ان المبتلى بطعام الظلمة يتحرى ان وقع فى قلبه حله قبل واكل والا لا لقوله عليه السلام استفت قلبك الحديث وجواب الامام فيمن به ورع وصفاء قلب ينظر بنور الله تعالى و يدرك بالفراسة وفى الخلاصة السلطان اذا قدم شيئا من المأكولات ان اشتراه يحل وان لم يشتره ولكن الرجل لايعلم ان فى الطعام شيئا مغصوبا بعينه يباح اكله وفى الخانية رجل غصب لحما فطبخه او حنطة فطحنها قال ابو بكر البلخى يحل له اكله وعليه الضمان فى قول الامام وهذا ظاهر قوله لان على قول الامام ومحمد اذا غصب حنطة فطحنها او لحما فطبخه ينقطع حق المالك و يصير ملكا للغاصب و قال ابو يوسف اكله حرام قبل ان يرضى صاحبها (ولايكره اجارة بيت بالسواد) اى بالقرية (ليتخذ بيت نار او كنيسة او بيعة) (او يباع) معطوف على قوله ليتخذ اى ليباع (فيه الخمر) عند الامام لان الاجارة واردة على منفعة البيت ولامعصية فيه وانما معصيته بفعل المستأجر وهو فعل الفاعل المختار فقطع نسبته منه كبيع الجارية لمن لايستبريها او يأتيها من دبرها او بيع الغلام من الوطى كما فى التبيين وغيره وهذا صريح فى جواز بيع الغلام من الوطى والمنقول فى كثير من المعتبرات

انه يكره (وعندهما يكره) ان يوجر بيتا لشئ من ذلك لانه اعانة على المعصية و به قالت الائمة الثلاثة قالوا ان ماذكره الامام مختص بسواد الكوفة لان اغلب اهلها ذمى واما فى سوادنا فاعلام الاسلام ظاهرة فلا يمكنون من اجارة البيت ليتخذه معبدا او مفسقا فى الاصح كما لايمكنون فى الامصار لعدم الاذن من الحكام فيما يغلب فيه شعائر الاسلام وعن هذا قال و يكره (فى المصر اجماعا وكذا فى سواد غالبه اهل الاسلام) لما مر ان شعائر الاسلام ظاهرة (ومن حمل لذمى خمرا باجر طاب له) عند الامام (وعندهما يكره) له ذلك لوجود الاعانة على المعصية وقد صح ان النبى عليه السلام لعن فى الخمر عشرا وعد منها حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية فى شربها لا فى حملها مع ان الحمل يحمل على الاراقة او التخليل والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى هذا الخلاف اذا آجر دابة لينقل عليها الخمر او آجر نفسه ليرعى الخنازير ولا بأس ببيع الزنار من النصارى والقلنسوة من المجوسى ولو ان اسكافا امره انسان ان يتخذ له خفا على ذى المجوسى او الفسقة او خياطا امره انسان ان يخيط له ثوبا على ذى الفساق يكره له ان يفعل ذلك (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته) والقياس ان لايجوز لانه تبرع والعبد ليس من اهله لكن جوز فى الشئ اليسير للضرورة استحسانا كما مر فى المأذون (وكره قبول كسوته ثوبا واهدائه احد النقدين) لانه لاضرورة فى الشئ الكثير كالدراهم والثياب فيبقى على الاصل وهو عدم الجواز (و يقبل فى المعاملات قول الفرد ولو) وصلية (كان) اى (انثى او عبدا او فاسقا او كافرا كقوله) اى قول الفرد (شريت اللحم من مسلم او) كتابى فيحل او شريته (من مجوسى فيحرم) هذه العبارة اولى من عبارة الكنز وهو قوله و يقبل قول الكافر فى الحل والحرمة لان شارحه الزيلعى قال هذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات وانما يقبل قوله فى المعاملات خاصة للضرورة انتهى لكن حمله على المساهلة اولى من حمله على السهو و يكون المراد يقبل قول الكافر فيما يؤدى الى الحل والحرمة لانه قال العينى اراد بالحل الحل الضمنى وبالحرمة الحرمة الضمنية لانه اراد حاصل مسئلة فى الهداية وهو قوله ومن ارسل اجيراله مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودى او نصرانى او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول فى المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان يأكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابى والمسلم لانه لما قبل قوله فى الحل اولى ان يقبل فى الحرمة ومراد الشيخ فى الحل والحرمة هو هذا اعنى لما قبل قوله فى الحل اولى ان يقبل فى الحرمة فافهم قال صاحب المنح و يقبل قول الفاسق والكافر فى المعاملات لانها يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا ادى الى الحرج فقبل قوله مطلقا دفعا للحرج كما اذا اخبر انه وكيل فلان فى بيع كذا فيجوز الشراء منه وكذا فى الوكالات والمضاربات وغيرها وهذا اذا غلب على الرأى صدقه اما اذا غلب عليه كذبه فلا يعتمد عليه (و) يقبل (قول العبد والامة والصبى فى الهدية) بان قال العبد او الامة او الصبى هذه هدية اهداها سيدى او ابى يجوز ان يأخذها لان الهدايا تبعث عادة على ايدى هؤلاء (و) يقبل قولهم (فى الاذن) بان قال العبد او الامة والصبى المميز اذن لى مولاى او الولى فى البيع والشراء يجوز لمن سمع و يرامعاملته مع الغير ان يبيع و يشترى منه والا يؤدى الى الحرج فى استحضار الشهود الى مواضع العقود (وشرط العدل فى الديانات) لانه لايكثر وقوعا فلا حرج فى اشتراط العدالة ولا حاجة الى قبول قول الفاسق لانه متهم فيها (كالخبر عن نجاسة الماء فيتيمم) لا التوضى (ان اخبر بها مسلم عدل ولو) وصلية (كان انثى او عبدا) لترجح جانب الصدق فى خبره لظهور عدالته (و يتحرى فى الفاسق) بنجاسة الماء (وفى) خبر (المستور ثم يعمل بغالب رأيه) وان وقع فى قلبه صدقه يتيمم وان وقع فيه كذبه يتوضأ لترجح جانب الكذب (ولو اراق الماء) الذى اخبر بنجاسته فاسق او مستور (فتيمم عند غلبة صدقه وتوضأ) معطوف على قوله اراق والمعنى ولو لم يرق الماء وتوضأ (وتيمم عند غلبة كذبه كان احوط) كما فى شرح الوقاية وغيره وفى الجوهرة وهذا جواب الحكم اما الاحتياط يتيمم بعد الوضوء

(* فصل فى اللبس *) لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهة ذكر تفصيل مايحتاج اليه الانسان قدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه (الكسوة منها فرض وهو) اى ماهو فرض (مايستر العورة و يدفع ضرر الحر والبرد) قال الله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اى مايستر عوراتكم عند الصلاة ولانه لايقدر على اداء الصلاة الا بستر العورة وخلقته لاتتحمل الحر والبرد فيحتاج الى دفع ذلك بالكسوة فصار نظير الطعام والشراب فكان فرضا كما فى الاختيار (والاولى كونه من القطن او الكتان) وهو المأثور وهو ابعد عن الخيلاء (بين النفيس والخسيس) لئلا يحتقر فى الدنى و يأخذه الخيلاء فى النفيس وعن النبى عليه السلام انه نهى عن الشهرتين وهو ما كان فى نهاية النفاسة وما كان فى نهاية الخساسة وخير الامور اوساطها (ومستحب وهو الزائد) على قدر الضرورة وفى المنح وهو مايحصل به اصل الزينة فى الازار والرداء والعمامة والقميص الرقيق ونحوها (لاخذ الزينة) المأمور به بقوله تعالى خذوا زينتكم الاية (واظهار نعمة الله تعالى

خصوصا اذا كان ذا علم ومروة وفى القنية العمامة الطويلة ولبس الثياب الواسعة حسن فى حق الفقهاء الذين هم اعلام الهدى دون سائر الناس الاحسن ان يلبس احسن ثيابه للصلاة وفى الحديث صلاة مع عمامة خير من سبعين صلاة بغير عمامة وروى من صلى وجيبه مشدود كان خيرا ممن صلى سبعين صلاة وجيبه مكشوف قال عليه السلام ان الله يحب ان يرى اثر نعمه على عبده (ومباح وهو الثوب الجميل للتزين) فى الجمع والاعياد ومجامع الناس اذا لم يكن للكبر وكذا جمع المال اذا كان من حلال لان النبى عليه السلام خرج وعليه رداء قيمته الف درهم وربما قام عليه الصلاة والسلام الى الصلاة وعليه رداء قيمته اربعة آلاف درهم وكان الامام يرتدى برداء قيمته اربع ماية دينار وكان يقول لتلامذته اذا رجعتم الى بلادكم فعليكم بالثياب النفيسة فالسرخسى يلبس الغسيل فى عامة الاوقات ويلبس الاحسن فى بعض الاوقات اظهار النعمة الله تعالى حتى لا يوذى المحتاجين كما فى البزازية وفى القنية وعن النخعى كان يخرج من بيته فى ثياب حسنة واصحابه يقولون نحن نعرف حقيقة انه يحل له الان اكل الميتة (ومكروه وهو اللبس للتكبر) والخيلاء لقوله عليه السلام لمقداد بن معدى كرب كل والبس واشرب من غير مخيلة (ويستحب الثوب الابيض والاسود) لقوله عليه السلام ان الله يحب الثياب البيض وانه خلق الجنة بيضاء وقد روى انه عليه السلام لبس الجبة السوداء والعمامة السوداء يوم فتح مكة ولا بأس بالازرق وفى الشرعة ولبس الاخضر سنة (ويكره) الثوب (الاحمر والمعصفر) للرجال لانه عليه السلام نهى عن لبس الاحمر والمعصفر وفى المنح ولا بأس بلبس الثوب الاحمر وبه صرح ابو المكارم فى شرح النقاية وهذا ظاهر فى ان المراد بالكراهة كراهة التنزيه لانها ترجع الى خلاف الاولى كما صرح به كثير من المحققين لان كلمة لا بأس تستعمل غالبا فيما تركه اولى كما قاله بعض اهل التحقيق لكن صرح صاحب تحفة الملوك بالحرمة فافاد ان المراد كراهة التحريم وهو المحمل عند الاطلاق (والسنة ارخاء طرف العمامة بين كتفيه) هكذا فعله النبى عليه السلام (قدر شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس واذا اراد تجديد لفها نقضها كما لفها) ولا يلقيها على الارض دفعة واحدة هكذا نقل من فعله عليه السلام كما فى الاختيار (ويحل للنساء لبس الحرير ولا يحل للرجال) ولو بحائل بينه وبين بدنه على المذهب كما فى التنوير لان النبى عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له اى لا نصيب له فى الاخرة وانما جاز للنساء بحديث آخر وهو مارواه عدة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيهم على رضى الله عنه ان النبى عليه السلام خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتى حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وعن هذا قال (الا قدر اربع اصابع) مضمومة فلا يحرم فهو استثناء من قوله ولا يحل وفى القنية من اصابع عمر رضى الله عنه وذلك قيس شبرنا يرخص فيه وفى المنح القليل من الحرير عفو وهو مقدار ثلاث اصابع او اربع يعنى مضمومة وذلك كالعلم لان الناس يلبسون الثياب وعليها الاعلام والطرز فى تلك الاعصار من غير نكير وان كان اكثر من الاربع فهو مكروه وقد روى ان النبى عليه السلام لبس جبة مكفوفة بالحرير وروى انه لبس فروة اطرافها من الديباج وكان المعنى فى ذلك انه تبع كما فى السراج وفى السير الكبير العلم حلال مطلقا صغيرا كان او كبيرا انتهى هذا مخالف لما وقع فى كثير من المعتبرات من التقييد بثلاث اصابع او اربع وفيه رخصة عظيمة لمن ابتلى بذلك من الاشراف والعظماء وكذلك اذا كان فى طرف القلنسوة لا بأس به اذا كان قدر اربع اصابع او دونها فى ظاهر المذهب كما فى القنية وعن محمد انه قال لا ينبغى ذلك فى القلنسوة وان كان اقل من اربع اصابع وفى المجتبى وانما رخص الامام فى العلم فى عرض الثوب قلت وهذا يدل على ان القليل فى طوله يكره وبه جزم مولى خسرو ولكن اطلاق الهداية وكثير من المعتبرات مخالف وفى القنية نقلا عن برهان صاحب المحيط ان عند الامام لا يكره لبس الحرير اذا لم يتصل بجلده حتى لو لبسه فوق قميص من غزل اونحوه لا يكره عنده فكيف اذا لبسه فوق قباء اوشئ آخر محشو اوكانت جبة من حرير بطانتها ليس بحرير ولو لبسها فوق قميص غزل قال رضى الله تعالى عنه وفى هذا رخصة عظيمة فى موضع عم به البلوى ولكن طلبت هذا القول عن الامام فى كثير من الكتب فلم اجد سوى هذا ثم قال نقلا عن الحلوانى قال ومن الناس من يقول انما يكره الحرير اذا كان يمس الجلد ومالا فلا وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه كان عليه جبة من حرير فقيل له فى ذلك فقال اماترى الى ما يلى الجسد وكان تحته ثوب من قطن ثم قال الا ان الصحيح ماذكرنا ان الكل حرام وفى الجامع للبزدوى ومن الناس من اباح لبس الحرير والديباج للرجال ومنهم من قال هى حرام على النساء ايضا وعامة الفقهاء على انه يحل للنساء دون الرجال انتهى قال عبد البر فى شرح الوهبانية بعد حكايته لما قدمناه عن القنية قلت وفى حفظى من خزانة الاكمل مالفظه قال الامام ومحمد لا بأس بلبس الحرير وقلنسوة الثعالب انتهى وهذا مطلق وفيه زيادة محمد مع الامام كما فى المنح وفى التنوير

والثوب

والثوب المنسوج بذهب يحل اذا كان هذا المقدار والا لا ولا بأس بكلة ديباج للرجال لانها كالبيت وكذا لا بأس بملاءة حرير يوضع فى مهد الصبى لانه ليس بلبس وفى القنية تكره التكة المعمولة من الابريسم هو الصحيح وكذا القلنسوة وان كانت تحت العمامة والكيس الذى يعلق لكن فى الفتاوى الصغرى والذخيرة وشرح القدورى لا تكره التكة من الحرير عند الامام وعند ابى يوسف تكره واختلف فى عصبة الجراحة بالحرير وعن محمد لا بأس ان يكون عروة القميص وزره من الحرير وهو كالعلم يكون فى الثوب ومعه غيره فلا بأس به وان كان وحده كرهته واكره تكة الحرير لانها تلبس وحدها لانه اذا كان معه غيره فاللبس لا يكون مضافا اليه بل يكون تبعا فى اللبس والمحرم هو اللبس للحرير كما فى المحيط وفى القهستانى ولا بأس ان يشد خمارا اسود من الحرير على العين الرامدة والناظرة الى الثلج وكذا الوصلى على سجادة من الابريسم لم يكره فان الحرام هو اللبس اما الانتفاع بسائر الوجوه فليس بحرام (ولا بأس) للرجال والنساء (بتوسده) اى باتخاذ الحرير وسادة (وافتراشه) اى اتخاذه فراشا والنوم عليه وكذا ستر الحرير وتعليقه على الباب عند الامام (خلافا لهما) لعموم النهى ولانه من زى الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رض اياكم وزى الاعاجم وبه قالت الائمة الثلاثة وهذا الخلاف على قول القدورى وصاحب المنظومة والمجمع وذكر فى الجامع الصغير الخلاف بين الامام ومحمد وذكر ابو الليث ان ابا يوسف مع الامام وله ماروى انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضى الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس وهو التوسد والافتراش ولانه ليس باستعمال كامل بل استعمال على سبيل الامتهان فكان قاصرا عن معنى الاستعمال والتزين فلم يتعد حكم التحريم من اللبس الذى هو فى الاستعمال اليه فلم يحرم بل كان ذلك تقليلا للبس ونموذجا وترغيبا فى نعيم الاخرة ونظيره انكشاف العورة فى الصلوة فان القليل منه لا يفسد وكذا الكثير فى الزمان القليل كما فى المطلب وغيره (ولا بأس بلبس ما سداه) بالفتح اى ماسدى من الثوب بالفارسية تان وتار (ابريسم) بكسر الهمزة وسكون الباء وكسر الراء وفتحها وحركات السين المهملة عربى اومعرب (ولحمته) ما ادخل بين السدى (غيره) اى غير الابريسم سواء كان مغلوبا اوغالبا اومساويا للحرير كالقطن والكتان والصوف يعنى فى الحرب وغيره لان الصحابة رضى الله تع عنهم كانوا يلبسون مثل هذا ولان الثوب يصير بالنسج والنسج باللحمة فهى معتبرة لكونها علة قريبة فيضاف الحكم من الحل والحرمة اليها دون السدى فيكون العبرة لما يظهر دون ما يخفى وقيل لا يلبس الا اذا غلب اللحمة على الحرير والصحيح الاول وهذا بالاجماع (وعكسه) اى ما لحمته ابريسم وسداه غيره (لا يلبس الا فى الحرب) لا فى غيره وهذا ايضا بالاجماع للضرورة (ويكره لبس خالصه) اى الحرير (فيها) اى فى دار الحرب عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما يجوز لماروى انه عليه السلام رخص لبس الحرير والديباج فى الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع مضرة السلاح واهيب فى عين العدو لبريقه وله اطلاق النصوص الواردة فى النهى عن لبس الحرير والضرورة اندفعت بالمخلوط الذى لحمته حرير فلا حاجة الى الخالص منه وفى المنح وهذا اذا كان الثوب صفيقا يحصل به اتقاء العدو فى الحرب اما اذا كان رقيقا لا يحصل منه الاتقاء فان لبسه لا يحل بالاجماع لعدم الفائدة ولا بأس بلبس الفراء كلها من جلود السباع والانعام وغيرها من الميتة المدبوغة والذكية وكذلك الصوف والوبر واللبد لانها عين طاهرة مباحة وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس (ويجوز للنساء التحلى بالذهب والفضة لا) يجوز (للرجال) اما بالذهب فلما روينا واما بالفضة فلانها فى معنى الذهب فى التزين ووقوع التفاخر بها (الا الخاتم) على هيئة خاتم الرجال اما اذا كان له فصان او اكثر فحرام (والمنطقة وحلية السيف من الفضة) لانها مستثناة مما لا يجوز للرجال تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب لانهما من جنس واحد وقد ورد آثار فى جواز التختم بالفضة وكان النبى عليه السلام اتخذ خاتما من فضة وكان فى يده حتى توفى ثم فى يد ابى بكر الى ان توفى ثم فى يد عمر الى ان توفى ثم فى يد عثمان رضى الله عنهم الى ان وقع من يده فى البئر فانفق مالا عظيما فى طلبه فلم يجده وقالوا ان قصد بالتختم التجبر فكروه وفى الاختيار سن ان يكون الخاتم على قدر مثقال اودونه (و) الا (مسمار الذهب فى نقب الفص) لانه تابع كالعلم فى الثوب ولا يعد لابساله (و) الا (كتابة الثوب بذهب اوفضة) لانه تبع للثوب ولا حكم له وفيه خلاف ابى يوسف (و) الا (شد السن بالفضة ولا يجوز بالذهب) عند الامام (خلافا لهما) وفى الهداية ولا يشد الاسنان بالذهب ويشد بالفضة وهذا عند الامام وقال محمد لا بأس بالذهب ايضا وعن ابى يوسف مثل قول كل منهما فلهذا قال فى التبيين عند الامام وابى يوسف لان المحرم لا يباح الا للضرورة وهى تندفع بالفضة وقال محمد يجوز بالذهب ايضا لماروى عن عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن

بامره عليه السلام ان يتخذ انفا من ذهب وبه قالت الائمة الثلاثة قلنا الكلام في السن والمروى في الانف ولا يلزم من الاغناء في السن الابرى ان التختم جاز لاجل الختم ثم لما وقع الاستغناء بالادنى لايصار الى الاعلى ولا يجوز قياسه على الانف فكذا هنا ويحتمل انه عليه السلام خص عرفجة بذلك كما خص الزبير وعبد الرحمن رضى الله عنهما بلبس الحرير لاجل الحكة في جسمهما (ولا يتختم بحجر ولا صفر ولا حديد) لما روى ان النبي عليه السلام نهى عن التختم من هذه الانواع (وقيل يباح بالحجر اليشب) لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه كما في الهداية وفي الدرر نقلا عن السرخسي والاصح انه لابأس به كالعقيق فانه عليه السلام كان يتختم بالعقيق وقال تختموا بالعقيق فانه مبارك وفي الخانية والصحيح انه لابأس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وتمامه فيه فليطالع وفي المنح لان حل العقيق لما ثبت حل سائر الاحجار لعدم الفرق بين حجر وحجر لكن يجوز التختم ان كان الحلقة من الفضة والفص من الحجر سواء كان من عقيق او زبرجد اوفيروزج اوغيرها لكونه تابعا ولان القوام بها ولا يعتبر بالفص ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف المرأة لانه للزينة في حقها ويلبس خاتمه في اليسرى لافي اليمنى ولافي غير خنصره اليسرى من اصابعه وسوى الفقيه ابو الليث بين اليمين واليسار وهو الحق لاختلاف الروايات (وترك التختم افضل لغير السلطان والقاضي) لعدم احتياجه اليه بخلاف السلطان والقاضي كما في الهداية وفي المنح وظاهر كلامهم انه لاخصوصية لهما بل الحكم في كل ذي حاجة كذلك فلو قيل وترك التختم افضل لغير ذي حاجة اليه ليدخل فيه المباشر ومتولي الاوقاف وغيرهما ممن يحتاج الى الختم لضبط المال كان اعم فائدة كما لايخفى انتهى لكن ذكر الشئ لاينافي جريان الحكم على غير هذا الشئ عند وجود العلة وهي الحاجة والضرورة خصوصا في امر الاستحباب تدبر (ويجوز الاكل والشرب من اناء مفضض والجلوس على سرير مفضض بشرط اتقاء موضع الفضة) بان لايكون الفضة في موضع الفم عند الاكل والشرب وقيل يتقي موضع الفم واليد وفي موضع الجلوس عنده هذا عند الامام (ويكره) ذلك (عند ابي يوسف) مطلقا (وعن محمد روايتان) في رواية مع الامام وفي رواية مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا فعل ذلك في السقف والمسجد وحلقة المرآة وجعل المصحف مذهبا او مفضضا كما لو جعله في نصل سيف وسكين اوفي قبضتهما اوفى لجام اوركاب ولم يضع يده موضع الذهب والفضة كما في التنوير وفي الهداية وغيرها وهذا الاختلاف فيما يخلص واما التمويه الذي لايخلص فلابأس به بالاجماع لانه مستهلك فلاعبرة لبقائه لونالهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة وللامام ان ذلك تابع ولا تعتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب (ويكره الباس الصبي ذهبا او حريرا) لئلا يعتاده والاثم على الملبس كالخمر فان سقيها الصبي حرام كشربها وكذا الميتة والدم وفي التنوير لابأس بلبس الصبي اللؤلؤ وكذا البالغ (ويكره حمل خرقة لمسح العرق او المخاط او) ماء (الوضوء) لانه نوع تجبر لكن الصحيح انها ان كانت لحاجة لايكره كما في الهداية وغيرها (والرتم) وهو الخيط الذي يعقد على الاصبع لتذكر الشئ (لابأس به) لانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان اما شد الخيوط والسلاسل على بعض الاعضاء فانه مكروه لكونه عبثا محضا وحاصله ان كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه وبدعة وما فعله لحاجة وضرورة لايكره وهو نظير التربع في الجلوس والاتكاء * فصل (* في بيان احكام النظر ونحوه كالمس (ويحرم النظر الى العورة الا عند الضرورة كالطبيب) اي له النظر الى موضع النظر ضرورة فيرخص له احياء لحقوق الناس ودفعا لحاجتهم (والخاتن والخافضة) بالخاء والضاد المعجمة هي التي تختن النساء (والقابلة والحاقن) الذي يعمل الحقنة (ولا يتجاوز) كل واحد منهم (قدر الضرورة) فانه يلزم ان يغضوا ابصارهم من غير موضع المرض والختان والحقنة وفي التبيين وينبغي للطبيب ان يعلم امرأة اذا كان المريض امرأة ان امكن لان نظر الجنس اخف وان لم يمكن يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره عن غير ذلك الموضع ما استطاع لان ما يثبت للضرورة يتقدر بقدرها (وينظر الرجل من الرجل الى ماسوى العورة وقد بينت في الصلوة) ان العورة ما بين السرة الى الركبة والسرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي والركبة عورة خلافا للشافعي ثم حكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى ينكر عليه في كشف الركبة برفق وفي الفخذ بعنف وفي السوءة يضرب ان اصر وفي القهستاني والاولى تنكير الرجل لئلا يتوهم ان الثاني عين الاول وكذا الكلام فيما بعد وفيه اشعار بانه لابأس بالنظر الى الامرد الصبيح الوجه وكذا

الخلوة ولذا لم يؤمر بالنقاب كما في التجنيس انتهى (وتنظر المرأة) المسلمة (من المرأة) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا لان المرأة لاتشتهي المرأة كما لايشتهي الرجل الرجل ولان الضرورة داعية الى الانكشاف فيما بينهن وعن الامام ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل ذوات محارمه والاول اصح كما في اكثر المعتبرات (ومن الرجل الى ماينظر الرجل من الرجل) اي الى ما سوى العورة (ان امنت الشهوة) وذلك لان ماليس بعورة لايختلف فيه النساء والرجال فكان لها ان تنظر منه ماليس بعورة وان كانت في قلبه شهوة اوفي اكبر رأيها انها تشتهي اوشكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الرجل هو الناظر الى مايجوز له النظر منها كالوجه والكف لاينظر اليه حتما مع الخوف وانما قيدنا بالمسلمة لان الذمية كالرجل الاجنبي في الاصح الى بدن المسلمة كما في المجتبى وفي التنوير وكل عضو لايجوز النظر اليه قبل الانفصال لايجوز بعده وهو الاصح كشعر رأسها (وينظر الرجل) الى جميع بدن زوجته وامته التي يحل له) اي للرجل (وطؤها) لقوله عليه السلام غض بصرك الا عن زوجتك وامتك قيل الاولى ان لاينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لانه يورث النسيان وكذا لاينظر الرجل عورة نفسه لان الصديق رضى الله تع عنه لاينظر الى عورته ولايمسها بيمينه قط وقال البعض ان الاولى ان ينظر الى فرج امرأته وقت الوقاع ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة وقيد الامة بكونها يحل له وطؤها لان مالايحل وطؤها كامته المشتركة والمنكوحة للغير والمجوسية لايحل له النظر الى فرجها (و) ينظر (من محارمه) نسبا اورضاعا اومصاهرة بالنكاح وكذا بالسفاح على الاصح كما في القهستاني ولذا قال في المنح وغيره والمصاهرة وان كان بزنا (و) من (امة غيره) ولو مكاتبة او مدبرة او ام ولد او معتقة البعض عنده (الى الوجه والرأس والصدر والساق والعضد ان امن شهوته) لقوله تع ولايبدين زينتهن الا لبعولتهن اذ المراد بالزينة مواضع الزينة بطريق حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه لان الرأس موضع التاج والشعر موضع العقاص والوجه موضع الكحل والعنق موضع القلادة التي تنتهي الى الصدر والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملوج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب فحل النظر الى تلك الاعضاء لان المرأة تكون في بيتها في ثياب مهنتها عادة ولاتكون مستترة ويدخل عليهن بعض المحارم من غير استئذان فلو حرم النظر الى هذه المواضع يؤدي الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقل ما تشتهى بخلاف ماوراءها لانها لاتنكشف عادة وحكم امة الغير كحكم المحرم لانها تحتاج الى الخروج لحوائج مولاها في ثياب مهنتها وكان عمر رضى الله تعالى عنه اذا رأى جارية متقنعة يضربها بالدرة ويقول الق عنك الخمار ياد فار اتتشبهين بالحرائر ولايحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لمحمد بن مقاتل فانه قال ينظر الى ظهرها وبطنها (ولابأس بمسه) اي بمس الرجل الموضع التي يحل النظر اليها من محارمه وامة غيره (بشرط امن الشهوة في النظر والمس) لتحقق الحاجة الى ذلك بالاركاب والانزال في المسافر والمخالطة وكان عليه السلام يقبل رأس فاطمة رضى الله عنها ويقول اجد منها ريح الجنة (ولاينظر الرجل الى البطن والظهر والفخذ وان) وصلية (امن) اي عن الشهوة لانها ليست مواضع الزينة وقال الشافعي يجوز له ان ينظر الى ظهر محارمه وبطنها ولاينظر الرجل (الى الحرة الاجنبية الا الى الوجه والكفين ان امن الشهوة) لان ابداء الوجه والكف يلزمها بالضرورة للاخذ والاعطاء ولاينظر الى قدميها لعدم الضرورة في ابدائهما في ظاهر الرواية وعن الامام يحل النظر الى قدميها اذا ظهر مافي حال المشي وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعها ايضا لانها قد يبدو منها عادة (والا) اي وان لم يأمن الشهوة (فلا يجوز) النظر الى الوجه والكفين لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة بشهوة صبت في عينيه الآنك يوم القيمة قالوا ولابأس بالتأمل في جسدها وعليها ثياب مالم يكن ثوب يبين حجمها فيه فلا ينظر اليه ح كما في التبيين (لغير الشاهد عند الاداء) فلا يجوز عند التحمل ان ينظر مع عدم امن الشهوة في الاصح لان وجود من لايشتهي في التحمل ليس بمعدوم بخلاف من يؤديها وقيل يباح كما في النظر عند الاداء (والحاكم عند الحكم) وان لم يأمنا لانهما مضطران اليه في اقامة الشهادة والحكم عليها كما يجوز له النظر الى العورة لاقامة الشهادة على الزنا (ولا يجوز مس ذلك) اي الوجه والكفين (وان امن) الشهوة (ان كانت) المرأة (شابة) قال عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة ولان المس اغلظ من النظر لان الشهوة فيه اكثر (ويجوز) مسه (ان كانت عجوزا لاتشتهى) لانعدام خوف الفتنة (وهو شيخ يأمن على نفسه وعليها) وان كان لايأمن على نفسه او عليها لايحل له مصافحتها لما فيه من التعرض للفتنة (ويجوز النظر والمس مع خوف الشهوة عند ارادة الشراء للضرورة وفي الهداية واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل بين وجود الشهوة وعدمها سواء كان في النظر

وفى المس حيث قال رجل اراد ان يشترى جارية لابأس بان يمس ساقها وذراعها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها
مكشوفين وقال مشايخنا يباح النظر فى هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى اوكان اكبر رأيه ذلك
لانه نوع استمتاع وفى الاختيار اذا اراد الرجل الشراء يباح له النظر مع الشهوة دون المس انتهى فعلى هذا يلزم للماص
التفصيل (اوالنكاح) فلا بأس ان ينظر اليها مع الشهوة لما روى ان المغيرة اراد ان يتزوج امرأة فقال عم انظر اليها
فانه احرى ان يدوم بينكما (والعبد مع سيدته كالاجنبى) من الرجال حتى لا يجوز لها ان تبدى من زينتها الا ما يجوز ان تبديه
للاجنبى ولا يحل له ان ينظر من سيدته الا ما يجوز ان ينظر اليه من الاجنبية وقال مالك هو كالمحرم وهو احد قولى الشافعى
والمجبوب والخصى كالفحل) اما المجبوب فانه يسحق فينزل قيل ان جف ماء المجبوب يحل اختلاطه بالنساء فى حقه وقيل
لا يحل فى الاصح واما الخصى فلقول عائشة رضى الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا
المخنث فى الردى من الافعال كالفحل الفاسق ويكره للرجل ان يقبل الرجل سواء كان فمه او يده او عضوا منه وكذا تقبيل
المرأة فم امرأة وحدها عند اللقاء والوداع (اويعانقه فى ازار بلا قميص) عند الطرفين (وعند ابى يوسف لا يكره) لما روى
انه عليه السلام عانق جعفر عند قدومه من الحبشة وقبل ما بين عينيه ولهما ما روى انس رضى الله عنه قال قلنا
لرسول الله عليه السلام ايعانق بعضنا البعض قال لا ايصافح بعضنا البعض قال نعم قالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما
غير الازار اما اذا كان عليهما قميص او جبة جاز بالاجماع وقال الامام ابو المنصور ان المكروه من المعانقة ما كان على وجه
الشهوة واما على وجه البر والكرامة فجائز عند الكل (ولا بأس بالمصافحة) لانها سنة قديمة متوارثة فى السنة والسنة
فى المصافحة بكلتا يديه ولا يجوز للرجل مضاجعة الرجل وان كان كل واحد منهما فى جانب عن الفراش كما فى التنوير
(و) لا بأس (تقبيل يد العالم) او الزاهد اعزازا للدين (او السلطان العادل) لعدله ويد غيرهم بتعظيم اسلامه واكرامه
كما فى القهستانى وقال سفيان الثورى تقبيل يد العالم او السلطان العادل سنة فقام عبد الله بن المبارك فقبل رأسه لكن
تقبيل رأس العالم اجود وقال شرف الائمة لو طلب من عالم او زاهد ان يدفع اليه قدمه ليقبله لم يجبه وقيل اجابه
لان الصحابة رضى الله عنهم يقبلون اطراف النبى صلى الله عليه وسلم كما فى الاختيار وفى التنوير وتقبيل يد نفسه مكروه
كتقبيل الارض بين يدى العلماء والسلاطين فانه مكروه والفاعل والراضى آثمان لانه يشبه عبادة الوثن هذا على وجه
التحية فلو كان على وجه العبادة يكفر وكذا من سجد له على وجه التحية لا يكفر ولكن يصير آثما مرتكبا للكبيرة وفى الظهيرية
انه يكفر بالسجدة مطلقا وقال شمس الائمة السرخسى السجود لغير الله تع على وجه التعظيم كفر وفى الاختيار
ومن اكره على ان يسجد للملك الافضل انه لا يسجد لانه كفر ولو سجد عند السلطان على وجه التحية لا يصير كافرا
وفى القهستانى الايماء الى قريب الركوع كالسجود وفى العمادية ويكره الانحناء لانه يشبه فعل المجوس وفى القهستانى
ويكره عند الطرفين لا عند ابى يوسف وفى القنية قيام الجالس فى المسجد لمن دخل عليه تعظيما له وكذا القيام
لغيره ليس بمكروه لعينه وانما المكروه محبة القيام ممن يقام له فان لم يحب القيام وقاموا له لا يكره لهم وكذا لا يكره قيام
قارئ القرآن لمن يجيء عليه تعظيما له اذا كان ممن يستحق التعظيم وقيل له ان يقوم بين يدى العالم تعظيما له فاما فى حق
غيره فلا يجوز (و يعزل) المولى ماءه (عن امته) عند الجماع (بلا اذنها) اى الامة لانه لا حق لها فى الوطئ (لا) يعزل
الزوج (عن زوجته الا بالاذن) لان لها حقا فى الوطئ (ولا تعرض الامة اذا بلغت فى ازار واحد) لوجود الاشتهاء
والمراد بالازار ما يستر بين السرة الى الركبة لان ظهرها وبطنها عورة فلا يجوز كشفهما ✱) فصل (✱ فى بيان
احكام الاستبراء وهو طلب البراءة مطلقا وهنا طلب براءة الرحم (من ملك امة) رقبة ويدا (بشراء او غيره) كهبة
ورجوع عنها او خلع او صلح او كتابة او عتق عبد او صدقة او وصية او ميراث او فسخ بيع بعد القبض او دفع
بجناية او نحو ذلك (يحرم عليه) اى على المالك (وطؤها و) يحرم (دواعيه) اى دواعى الوطئ كالمس
والقبلة والنظر الى الفرج لافضائها الى الوطئ او لاحتمال وقوعها فى غير ملكه اذا ظهر الحبل وادعاه
البائع هذا رد لمن قال لا يحرم الدواعى لان الوطئ انما حرم لئلا يختلط الماء ويشتبه النسب وهذا معدوم فى
الدواعى (حتى يستبرئ) المالك (بحيضة فيمن تحيض وبشهر فى غيرها) اى تستبرئ بشهر واحد فى الصغيرة
والآيسة والمنقطعة الحيض فان الشهر قائم مقام الحيض فى العدة فكذا فى الاستبراء واذا حاضت فى اثنائه بطل
الاستبراء بالايام لان القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل يبطل حكم البدل كالمعتدة بالشهور اذا حاضت
وفى الهداية والاصل فيه قوله عليه السلام فى سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى
حتى يستبرئن بحيضة وهذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب احداث الملك واليد لانه هو الموجود فى مورد النص
وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحرمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه والولد

عن الهلاك وذلك عند تحقق الشغل او توهمه بماء محترم (وفى) امة (مرتفعة الحيض) لا لآفة بان صارت ممتدة الطهر
وهى ممن تحيض (لا بأياس) يجب الاستبراء (بثلثة اشهر) لانها عدة الآيسة والصغيرة ليتبين انها ليست بحامل وفى
اكثر المعتبرات لا تقدير فى ظاهر الرواية عند الشيخين (وعند محمد باربعة اشهر وعشر) لانها مدة فراغ رحم الحرة
المتوفى عنها زوجها (وفى رواية عن محمد بنصفها) اى بشهرين وخمسة ايام وفى المنح نقلا عن الكافى والفتوى
عليه لان هذه المدة متى صلحت للتعرف عن شغل يوهم بالنكاح فى الاماء فلان يحصل للتعرف عن شغل يتوهم
بملك اليمين وهو دونه اولى (وفى) الامة (الحامل) الاستبراء (بوضعها) اى بوضع حملها لما روينا آنفا (ولو) وصلية
(كانت) الامة (بكرا) متصل بقوله يحرم (او مشترية من امرأة او من مال طفل) بان باع ابوه او وصيه وكذا الحكم
اذا اشتراه من مال ولده الصغير كما فى الغاية (او ممن يحرم عليه وطؤها) كالمحرم رضاعا او مصاهرة او نحو ذلك
ولكن غير ذى رحم محرم حتى لا تعتق الامة عليه وانما حرمت عليه اقامة لتوهم شغل الرحم مقام تحققه لوجود
السبب وهو الملك واليد اذ الحكم يدار على السبب وعن ابى يوسف اذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع لم يستبرء
وفى الاصلاح فى هذا المحل كلام وفى شرح الوقاية لابن الشيخ جواب ان شئت فراجعهما (و يستحب الاستبراء
للبائع) اى يستحب لمن يريد بيع امته الموطوءة ان يستبرئها بترك الوطئ تجنبا عن احتمال اشتغال رحم ما اراد بيعها
بمائه (ولا يجب عليه) لان ملك البائع قائم وهو يقتضى جواز وطئها خلافا لمالك (ولا تكفى) فى الاستبراء (حيضة ملكها
المشترى (فيها) اى فى الحيضة يعنى لا يعتبر بالحيضة التى اشترى بها فى خلال الحيضة لان الواجب عليها الحيضة
الكاملة (ولا) تكفى الحيضة (التى) حدثت بعد تملكها بسبب من الاسباب (قبل القبض) اى الامة لانها وجدت
قبل علته وهو الملك واليد جميعا فلا يعتبر احدهما (او) التى حاضت بها (قبل الاجازة فى بيع الفضولى) اى باعها
الفضولى فحاضت قبل الاجازة وان كانت فى يد المشترى كما لا يعتبر بالحاصل بعد القبض فى الشراء الفاسد قبل
ان يشتريها شراء صحيحا لانتفاء العلة (وكذا الولادة) اى لا تكفى الولادة التى حصلت بعد سبب الملك قبل القبض
لانتفاء العلة خلافا لابى يوسف (وتكفى حيضة وجدت) تلك الحيضة (بعد القبض وهى) اى والحال ان الامة
(مجوسية فاسلمت) لانها وجدت بعد سببه وحرمت الوطئ لمانع وقد زال كما فى حالة الحيض وكذا المكاتبة بان كاتبها
بعد الشراء فعجزت فيجب الاستبراء (عند تملك نصيب شريكه) فى الامة المشتركة بينهما لان السبب قد تم
فى ذلك الوقت والحكم يضاف الى تمام العلة (لا يجب عند عود الامة الآبقة ورد المغصوبة والمستأجرة) على
صيغة المفعول (وفك المرهونة) لما مر من انعدام السبب هذا ان ابقت فى دار الاسلام ثم رجعت اما ان ابقت الى
دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند الامام وعندهما يجب عليه الاستبراء (ولا تكره الحيلة لاسقاطه)
اى الاستبراء (عند ابى يوسف خلافا لمحمد) اذ عنده مكروهة (واخذ بالاول) اى بعدم كراهة الحيلة (ان علم
عدم الوطئ من المالك الاول) فى هذا الطهر (و) اخذ (بالثانى) اى بكراهة الحيلة (ان احتمل) الوطئ منه وفى الدرر
وبه يفتى (والحيلة) فى اسقاطه (ان لم تكن تحته) اى تحت المشترى (حرة ان يتزوجها) اى الامة التى يريد شراءها
من سيدها (ثم يشتريها) بعد تسليمها المولى اليه ذكر هذا القيد فى الخانية ولا بد منه كيلا يوجد القبض بحكم الشراء
بعد فساد النكاح بالشراء فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء قبل لا يكفى القبض بل يشترط ان يطأ الزوج
قبل الشراء لان ملك النكاح لا يجمع مع ملك اليمين فلا توجد الامة عند الشراء منكوحة ولا معتدة فيجب الاستبراء
لتحقق سببه وهو استحداث حل الوطئ بملك اليمين اما اذا وطئها تصير معتدة فلا يجب الاستبراء (وان كانت تحته حرة
فان يزوجها البائع) الى شخص ممن يثق به (قبل البيع او) يزوجها (المشترى) بشرط ان يكون امرها بيدها (بعد البيع)
اى بيع البائع منه (قبل القبض ثم يطلق الزوج) قبل الدخول (بعد الشراء والقبض) ان كان التزويج من البائع
قبل البيع (او بعد القبض) ان كان التزويج من المشترى بعد البيع قبل القبض يعنى الحيلة ان ينكحها البائع
قبل شراء المشترى رجلا عليه اعتماد ان يطلقها ثم يشترى المشترى ثم يطلق الزوج فانه لا يجب الاستبراء لانه
اشترى منكوحة الغير ولا يحل وطؤها فلا استبراء فاذا طلقها الزوج قبل الدخول حل على المشترى وح لم يوجد
حدوث الملك فلا استبراء او ينكحها المشترى قبل القبض ذلك الرجل ثم يقبضها ثم يطلقها الزوج فان الاستبراء
يجب بعد القبض وحينئذ لا يحل الوطئ فاذا حل بعد طلاق الزوج لم يوجد حدوث الملك (ومن ملك امتين
لا تجتمعان) والجملة صفة امتين كما فى الفرائد لكن فى القهستانى والجملة حال لا صفة بحذف اللتين فانه مما اختلف
فيه ولم يجوزه البصرية (نكاحا) كاختين او بنت وامها نسبا او رضاعا (فله) اى للمالك (وطئ احديهما فقط)
لا وطؤهما (ودواعيه) اى دواعى وطئ تلك الواحدة فقط دون وطئ الاخرى ودواعيه كالتقبيل بشهوة والمس

بهامان وطئهما اوفعل بهما شيئا من الدواعى حرم عليه وطئ كل منهما ودواعيه حتى يحرم احديهما) بتمليك اونكاح صحيح لاخر اوعتق *) فصل (* فى البيع (ويكره بيع العذرة) وهى رجيع الادمى (خالصة) لان العادة لم تجر بالانتفاع بها وانما ينتفع بها برماد اوتراب غالب عليها بالالقاء فى الارض فح يجوز بيعها وعن هذا قال (وجاز) بيعها (لومخلوطة) برماد اوتراب (فى الصحيح) وفى التبيين والصحيح عن الامام ان الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز (وجاز بيع السرقين) مطلقا فى الصحيح عندنا لكونه مالا منتفعا به لتقوية الارض فى الانبات وعند الائمة الثلاثة لايجوز بيع السرقين كالعذرة مطلقا لانهما من الانجاس (والانتفاع) من العذرة الخالصة والمخلوطة والسرقين (كالبيع) فى الحكم فما كان بيعه غيرجائز كان الانتفاع به غيرجائز وما كان بيعه جائزا يكون الانتفاع به جائزا (ومن رأى جارية) رجل (مع آخر يبيعها قائلا وكلنى صاحبها) اى صاحب الجارية ببيعها (اواشتريتها) اى الجارية (منه) اى من صاحبها (اووهبها لى) صاحبها (اوتصدق) صاحبها (بها) اى بالجارية (على ووقع فى قلبه) اى فى قلب الرائى (صدقه) اى صدق البائع القائل بهذه الكلمات (حل له) اى للرائى (شراؤها) اى الجارية منه اى من البائع القائل (و) حل له (وطؤها) ايضا بعد الشراء لانه اخبر بخبر صحيح لامنازع له وقول الواحد فى المعاملات مقبول على اى وصف كان لما مر وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غيرثقة واكبررأيه انه صادق لان عدالة المخبر فى المعاملات غيرلازمة للحاجة وان كان اكبررأيه انه كاذب لايسع له ان يتعرض لشئ من ذلك كما فى الهداية (ويجوز بيع بناء مكة) لكونه ملك من بناها وهذا بالاجماع الايرى ان من بنى على الارض الوقف جاز بيعه فهذا كذلك (ويكره بيع ارضها) اى ارض مكة (واجارتها) عند الامام لماروى ان النبى عليه السلام قال مكة حرام لاتباع رباعها ولا توجر بيوتها ولان الحرم وقف الخليل عليه السلام ولقوله صلى الله عليه وسلم من اكل اجورارض مكة فكانما اكل الربوا (خلافالهما) لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعى بها فصار كالبناء وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على ان اراضيها تملك وتقبل الانتقال من ملك الى ملك وقد تعارف الناس بيع اراضيها والدور التى فيها من غير نكير وهو من اقوى الحجج وبه قال الشافعى (وقولهما رواية عن الامام) وفى شرح الكنز للعينى وبه يفتى (ويكره الاحتكار فى اقوات الادميين) كالبر ونحوه (والبهائم) كالشعير والتبن (فى بلد يضر باهله) لانه تعلق به حق العامة قيد بقوله يضر باهله لانه لوكان المصر كبيرا لايضر باهله فليس بمحتكر لانه حبس ملكه ولاضرر فيه لغيره (وعند ابى يوسف) لايختص بالاقوات بل يكره الاحتكار (فى كل مايضر احتكاره بالعامة ولو) وصلية (كان ذهبا او فضة اوثوبا) اونحوذلك لانه اعتبر حقيقة الضرر اذهو المؤثر فى الكراهة وعند محمد لااحتكار فى الثياب واختلفوا فى مدة حبس القوت المكروه قيل هى اربعون يوما لقوله عليه السلام من احتكر اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل شهر لان مادونه قليل عاجل كامر هذا فى حق المعاقبة فى الدنيا لكن الاثم يلزم فى مدة قليلة لكون التجارة غيرمحمود فى الطعام (واذارفع الى الحاكم حال المحتكر امره) اى القاضى المحتكر (ببيع مافضل عن حاجته) اى عن قوته وقوت عياله ودوابه (فان امتنع) المحتكر عن البيع حبسه القاضى وعزره و (باع عليه) وقيل لايبيع عند الامام وعندهما يبيع وقيل يبيعه بالاجماع وهو الصحيح كما فى المنح وغيره فلهذا اتى بصورة الاتفاق (ولااحتكار فى غلة ضيعته) لانه خالص حقه (ولا فيما جلبه من بلد آخر) عند الامام لعدم تعلق اهل بلد بطعام بلد آخر (وعند ابى يوسف يكره) ان يحبس ماجلبه من بلد آخر لاطلاق قوله عليه السلام من احتكر فهو خاطئ (وكذا) يكره (عند محمد) (ان كان يجلب منه الى المصر عادة) فهو بمنزلة فناء المصر لتعلق حق العامة بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة (وهو) اى قول محمد (المختار) هذا لم يوجد فى الكتب التى اخذ المص مسائل كتابه منها كما فى الفرائد (ويجوز بيع العصير) اى عصير العنب (ممن) يعلم انه (يتخذه خمرا) لان المعصية لاتقوم بنفس العصير بل بعد تغيره فصار عند القعد كسائر الاشربة من عسل ونحوه بخلاف بيع السلاح من اهل الفتنة لان المعصية تقوم بعينه (ولو باع مسلم خمرا واوفى دينه من ثمنها كره لرب الدين اخذه) يعنى كان لمسلم دين على مسلم فباع الذى عليه دين خمرا واخذ ثمنها وقضى به الدين لايحل للداين ان يأخذ ثمن الخمر بدينه (وان كان المديون ذميا لايكره) والفرق ان البيع فى الوجه الاول بط لان الخمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشترى فلايحل اخذه وفى الوجه الثانى ان البيع صحيح لانه مال متقوم فى حق الكافر فيملكه البائع فيحل الاخذ منه (ويكره التسعير) لقوله عليه السلام لاتسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فلاينبغى له ان يتعرض لحقه (الااذا تعدى ارباب الطعام فى القيمة تعديا فاحشا) كالضعف وعجز الحاكم عن صيانة حقوقهم الابالتسعير (فلابأس به) اى بالتسعير (بمشورة اهل الخبرة) اى اهل الرأى والبصر لان فيه صيانة حقوق

المسلمين

المسلمين عن الضياع فان باع اكثر مما سعره اجازه القاضى قيل اذا خاف البايع ان يضربه الحاكم ان نقص من سعره لايحل ما باع لكونه فى معنى المكره فالحيلة فيه ان يقول له المشترى بعنى ماتحبه فح باى شئ باع يحل كما فى الاختيار وغيره لكن فى الهداية وغيرها ومن باع منهم بما قدرالامام صح لانه غيرمكره على البيع وان لم يوجد الرضى فى التقدير فالمشترى اذا وجد المبيع ناقصا منه له ان يرجع على البايع بالنقصان لان المقدر المعروف كالمشروط (ويجوز شراء مالابد للطفل منه) مثل النفقة والكسوة (وبيعه) اى بيع مالابد للطفل من بيعه (لاخيه وعمه وامه وملتقطه ان هو) اى الطفل (فى حجرهم) وقال الشافعى ومالك لايجوز شراؤهم وبيعهم له الابامر الحاكم (وتوجره) اى الطفل (امه فقط) اذا كان (فى حجرها) لانها تملك اتلاف منافعه بغيرعوض بان تستخدمه فتملك اتلافها بعوضه والاجارة بالاولوية دون الاخ والعم والملتقط فانهم لايملكون اتلاف منافعه ولوفى حجرهم هذه رواية الجامع الصغير وفى رواية القدورى يجوز ان يوجره الملتقط ويسلمه فى صناعة فجعله من نوع الاول وهذا اقرب لان فيه ضرورة ونفعا محضا للصغير واما الاب والجد ووصيهما فانهم يملكون التصرف بحكم الولاية ولهذا لايشترط ان يكون فى ايديهم وحجرهم *) فصل فى المتفرقات (* (يجوز المسابقة بالسهام والخيل والحمير والابل والاقدام) لقوله عليه السلام لاسبق الافى خف اونصل اوحافر والمراد بالخف الابل وبالنصل الرمى وبالحافر الفرس والبغل وفى الحديث سابق رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر وعمر رضى الله عنهما فسبق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يحتاج اليه فى الجهاد للكر والفر وكل ماهو من اسباب الجهاد فتعلمه مندوب اليه سعيا فى اقامة هذه الفريضة وعن النبى عليه السلام لاتحضر الملائكة شيئا من الملاهى سوى النضال والرهان (فان شرط فيها) اى فى المسابقة (جعل من احد الجانبين) مثل ان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتنى اعطيك كذا وان سبقتك لاآخذ منك شيئا (او) شرط فيها جعل (من ثالث لاسبقهما) مثل ان يقول ثالث للمسابقين ايكما سبق له على كذا (جاز) لانه تحريض على آلة الحرب والجهاد لقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم وفى القياس لايجوز لانه تعليق المال بالخطر وعند الائمة الثلاثة لايجوز فى الاقدام (وان) شرط (من كلا الجانبين يحرم) بان يقول ان سبق فرسك اعطيتك كذا وان سبق فرسى فاعطنى كذا لانه يصير قمارا والقمار حرام (الاان يكون بينهما) فرس (محلل كفؤلهما) اى لفرسيهما يتوهم انه يسبقهما (ان سبقهما اخذ) الجعل (منهما وان سبقاه لايعطيهما) شيئا وبالعكس يعنى شرط انهما لوسبقا يعطيهما ولوسبقهما لايأخذ شيئا منهما كما فى التسهيل (وفيما بينهما ايهما سبق اخذ) المال المشروط (من الاخر) لان بالمحلل خرج من ان يكون قمارا فيجوز وان لم يكن الفرس المحلل مثلهما لم يجز لانه لافائدة فى ادخاله بينهما فلم يخرج من ان يكون قمارا (وعلى هذا لواختلف) عالمان (اثنان فى مسئلة وارادا الرجوع الى شيخ) فاضل (وجعلا على ذلك جعلا) قال فى المنح لووقع الاختلاف بين اثنين وشرط احدهما لصاحبه انه ان كان الجواب كما قلت اعطيتك كذا وان كان كما قلت لااخذ منك شيئا فهذا جائز لانه لما جاز فى الافراس لمعنى يرجع الى الجهاد يجوز ههنا للحث على الجهد فى طلب العلم لان الدين يقوم بالعلم كما يقوم بالجهاد (ووليمة العرس سنة) قديمة وفيها مثوبة عظيمة (ومن دعى) اليها (فليجب وان لم يجب اثم) لقوله عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله فان كان صائما اجاب ودعا وان لم يكن صائما اكل ودعا وان لم يأكل اثم وجفى كما فى الاختيار (ولايرفع منها) اى من الوليمة (شيئا ولايعطى سائلا الاباذن صاحبها) لان الاذن فى الاكل دون الرفع والاعطاء (وان علم المدعو ان فيها لهوا لايجيب) سواء كان ممن يقتدى به اولا لانه لايلزمه اجابة الدعوة اذا كان هناك منكر قال على رضى الله تع عنه صنعت طعاما فدعوت رسول الله عليه السلام فرأى فى البيت تصاوير فرجع بخلاف ماهجم عليه لانه قدلزمه (وان لم يعلم) ان ثمة (لهوا حتى حضر فان قدر على المنع فعل) المنع لانه نهى عن منكر (والا) اى فان لم يقدر عليه (فان كان مقتدى به او كان اللهو على المائدة فلا يقعد) لان فى ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين وقال تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين (والا) اى وان لم يكن مقتدى به ولم يكن اللهو على المائدة (فلا بأس بالقعود) والصبر فصار كتشييع الجنازة اذا كان معها نياحة حيث لايترك التشييع والصلوة عليها لما عندها من النياحة كذاهنا (قال الامام ابتليت به) اى باللهو (مرة فصبرت وهو) اى قول الامام (محمول على ماقبل ان يصير مقتدى) اذقد عرفت انه لارخصة للمقتدى (ودل قوله ابتليت على حرمة كل الملاهى) حتى التغنى بضرب القضيب (لان الابتلاء انما يكون بالمحرم) قيل ان الابتلاء لاينفك عن الشر ولوفى المال فلا يرد ماقال فى الاصلاح من انه وفيه نظ لان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولوكان مباحا ومنه قوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء الحديث انتهى لان ابتلاء يستعمل فيما يوجد فيه الشر كماهنا وفيما يفضى اليه غالبا كما فى القضاء ولذا قالوا هنا

دل هذا على حرمة كل الملاهى ولم يقولوا دل على حرمة كل مايطلق عليه كما فى شرح الوقاية لابن شيخ قبل
الصبر على الحرام لاقامة السنة لايجوز يقال الظ انه يجلس معرضا عن اللهو منكرا له غير مشتغل ولامتلذذ به
فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو فعلى هذا لايكون مبتلى بحرام (والكلام منه) اى بعضه (مايوجر به كالتسبيح
ونحوه) كالتحميد والتكبير والتهليل والصلوة على النبى عليه السلام والاحاديث النبوية وعلم الفقه قال الله تعالى
والذاكرين الله كثيرا والذاكرات الاية (وقد يأثم به) اى بالتسبيح (ونحوه اذا فعله فى مجلس الفسق وهو
يعلمه) لما فيه من الاستهزاء والمخالفة لموجبه (وان قصد به) اى بنحو التسبيح (فيه) اى فى مجلس الفسق (الاعتبار
والاتعاظ (والانكار) لافعال الفاسقين وان يشتغلوا عما هم فيه من الفسق (فحسن) وكذا من سبح فى السوق بنية
ان الناس غافلون فلعلهم تنبهوا للاخرة فهو افضل من تسبيحه فى غير المجامع قال عليه السلام ذاكر الله فى الغافلين
كالمجاهد فى سبيل الله كما فى الاختيار (ويكره فعله للتاجر عند فتح متاعه) بان يقول عند فتح المتاع لا اله الا الله
او سبحان الله او يصلى على محمد عليه السلام فانه يأثم لانه يكون لامر الدنيا بخلاف الغازى او العالم اذا كبرا وهللا
عند المبارزة وفى مجلس العلم لانه يقصد به التعظيم والتفخيم واظهار شعائر الدين (و) يكره (الترجيع بقرأة القرأن)
(و) كذا يكره (الاستماع اليه) لانه تشبه بفعل الفسقة حال فسقهم وهو التغنى ولم يكن هذا فى الابتداء ولهذا كره فى
الاذان (وقيل لابأس به) لقوله عليه السلام زينوا القرأن باصواتكم (وعن النبى عليه السلام انه كره رفع الصوت
عند قرأة القرأن والجنازة) وفى البزازية ويكره رفع الصوت بالذكر ويذكر فى نفسه وقد جاء سبحان من قهر عباده
بالموت وتفرد بالبقاء سبحان الحى الذى لايموت (والزحف) اى الحرب (والتذكير) اى الوعظ (فما ظنك به) اى
برفع الصوت (عند) استماع (الغناء) المحرم (الذى يسمونه وجدا) والظان الموصول مع صلته صفة لقوله الغناء لكن
فى تسميتهم الغناء وجدا بحث تدبر وفى التسهيل فى الوجد مراتب وبعضه يسلب الاختيار فلا وجه للانكار بلا تفصيل
انتهى وفى القنية ولابأس باجتماعهم على قرأة الاخلاص جهرا عند ختم القرأن ولو قرأ واحد واستمع الباقون
فهو اولى (وكره الامام القرأة عند القبر) لان اهل القبر جيفة وكذا يكره القعود على القبر لانه اهانة (وجوزها)
اى القرأة عند القبر (محمد وبه) اى بقول محمد (اخذ) للفتوى لما فيه من النفع لورود الاثار بقرأة آية الكرسى
وسورة الاخلاص والفاتحة وغير ذلك عند القبور ومذهب اهل السنة والجماعة ان للانسان ان يجعل ثواب عمله
لغيره ويصلى وقدم فى الحج ويؤيده ما قال فى كتاب المسمى بالحجج من انه اخبرنا سفيان الثورى قال حدثنا عمران بن
ابى عطاء قال شهدت محمد بن حنفية صلى على ابن عباس رض الله تع عنهما فكبر عليه اربعا وادخله من قبل
القبلة وضرب عليه فسطاطا ثلثة ايام انتهى وظاهر ان ضرب الفسطاط ليس الا لاجل القرأة لاغير وفى
التنوير تطيين القبور لايكره فى المختار وفى القهستانى ويستحب زيارة القبور فيقوم بحذاء الوجه قربا او بعدا
كما فى الحيوة فيقول عليكم السلام ويدعوه مستقبل القبلة وقيل الدعاء قائما اولى وقال السرخسى لابأس بالزيارة
للنساء على الاصح (ومنه) اى من بعض الكلام (مالا اجر فيه ولا وزر نحو قم واقعد) ونحوهما لانه ليس بعبادة ولا معصية
وقيل لايكتب عليه ولاله لانه لا اجر عليه ولا عقاب وعن محمد ما يدل عليه وعن ابن عباس انه قال ان الملائكة
لا تكتب الا ما كان فيه اجر او وزر وقيل يكتب ثم يمحو ما لا جزاء فيه ويبقى ما فيه جزاء ثم قيل يمحو فى كل اثنين
وخميس وفيهما تعرض الاعمال والاكثرون على انها تمحو يوم القيمة كما فى الاختيار (ومنه) اى بعضه (ما يأثم به
كالكذب والغيبة والنميمة والشتيمة) لان كل ذلك معصية حرام بالنقل والعقل وكذا التملق فوق العادة لان
التملق مذموم بخلاف التواضع لانه محمود وفى التنوير يكره الكلام فى المسجد وخلف الجنازة وفى الخلاء وفى حالة
الجماع (والكذب حرام الا فى الحرب للخدعة وفى الصلح بين اثنين وفى ارضاء الاهل وفى دفع الظالم عن الظلم) لانا
امرنا بهذا فلا يبالى فيه الكذب اذا كانت نيته خالصة (ويكره التعريض به) اى بالكذب (الا لحاجة) كقولك لرجل
كل فيقول اكلت يعنى امس فلا بأس به لانه صادق فى قصده وقيل يكره لانه كذب فى الظ (ولا غيبة لظالم)
يؤذى الناس بقوله وفعله قال عليه السلام اذكروا الفاجر بما فيه لكى يحذره الناس (ولا اثم فى السعى به) اى
بالظالم الى السلطان ليزجره لانه من باب النهى عن المنكر ومنعا لظلم (ولا غيبة الا لمعلوم فاغتياب اهل قرية
ليس بغيبة) لانه لا يريد به جميع اهل القرية وكان المراد هو البعض وهو مجهول فصار كالقذف وفى التنوير وكما
تكون الغيبة باللسان تكون الغيبة بغمز العين والاشارة باليد وكذا الرمز والكتبة والحركة وكل ما يفهم منه المقصود فهو داخل
فى الغيبة وهو حرام وفى الدرر رجل يذكر مساوى اخيه المسلم على وجه الاهتمام لا يكون غيبة انما الغيبة ان تذكر
على وجه الغضب يريد السب (ويحرم اللعب بالنرد او الشطرنج) وقدم تفصيلهما فى الشهادة (والاربعة عشر

وهو

وهو لعب يستعمله اليهود (وكل لهو) لقوله عليه السلام كل لعب ابن آدم حرام الحديث وفى البزازية استماع
صوت الملاهى معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها كفر اى بالنعمة (ويكره استخدام الخصيان) بكسر الخاء
المعجمة وسكون الصاد جمع خصى على وزن فعيل لان فيه تحريض الناس على الخصاء الذى هو مثلة وقد نهى عنها
(ويكره وصل الشعر بشعر ادمى) سواء كان شعرها او شعر غيرها لقوله عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة
الحديث ويكره (قوله فى الدعاء اسئلك بمعقد العز من عرشك) بتقديم العين او بتقديم القاف عند الطرفين لان الكراهة
فى القول الثانى ظاهرة لاستحالة القعود وكذا فى الاول لانه يوهم تعلق عزه بالعرش المحدث والله تعالى بجميع صفاته
قديم (خلافا لابى يوسف) فانه يجوز الاول عنده لدعاء مأثور وهو اللهم انى اسئلك بمعقد العز من عرشك ومنتهى
الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة وبه اخذ ابو الليث والائمة الثلاثة وقيل وجه الجواز
جواز جعل العز صفة للعرش العظيم كما وصف بالمجد والكرم (و) يكره (قوله اسئلك بحق انبيائك ورسلك) او بحق
البيت او بحق المشعر الحرام اذ لا حق لاحد على الله تعالى وانما يختص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه (واستماع
الملاهى حرام) والمناسب ان يذكر بعد قوله وكل لهو (ويكره تعشير المصحف) والتعشير ان يجعل على كل عشر آيات
من القرأن العظيم علامة (ونقطه) بفتح النون اى نقط المصحف وهو اظهار اعرابه لقول ابن مسعود رضى الله
تعالى عنه جردوا المصاحف (الا للعجم) الذى لا يحفظ القرأن ولا يقدر على القرأة الا بالنقط (فانه)
اى النقط (حسن) خصوصا فى هذا الزمان فالمروى مخصوص بزمانهم لانهم كانوا يتلقونه عن النبى عليه السلام
كما انزل وكانت القرأة سهلا عليهم لكونهم اهلا فيرون النقط مخلا لحفظ الاعراب والتعشير مخلا
لحفظ الآى ولا كذلك العجمى وعلى هذا لا بأس بكتب اسامى السور وعد الآى فهو وان محدثا فمستحسن وكم
من شئ يختلف باختلاف الزمان والمكان (ولا بأس بتحليته) اى المصحف لما فيها من تعظيمه كما فى نقش المسجد
وتزيينه وفى القنية ينبغى لمن اراد كتابة القرأن ان يكتبه باحسن خط وابينه على احسن ورقة وابيض قرطاس
بافخم قلم وابرق مداد ويفرج السطور ويفخم الحروف ويضخم المصحف وعن الامام انه يكره ان يصغر المصحف
وان يكتب بقلم دقيق وكذا لا بأس بقبلة المصحف لان ابن عمر رضى الله عنهما كان يأخذ المصحف كل غداة ويقبله
ويقول عهد ربى ومنشور ربى عز وجل كما فى القنية (ولا بأس بدخول الذمى المسجد الحرام) وقال مالك يكره ذلك
فى كل مسجد وقال الشافعى واحمد يكره فى المسجد الحرام (ولا بأس بعيادته) اى عيادة الذمى اذا مرض بالاجماع
لان فيه اظهار محاسن الاسلام وكذا عيادة فاسق فى الاصح وفى التنوير ويسلم على الذمى ولا يزيده على قوله
وعليك ان رد عليه (ويجوز اخصاء البهائم) منفعة للناس لان لحم الخصى طيب وقيل الصواب خصاء البهائم اذ يقال
خصاه اذا نزع خصيته (و) يجوز (انزاء الحمير على الخيل) اذ لو كان هذا الفعل حراما لما ركب النبى عليه السلام
البغلة لما فيه من فتح بابه (و) تجوز (الحقنة للرجال والنساء) للتداوى بالاجماع او لاجل الهزال اذا فحش يفضى الى السل
ولا جناح اذا كان يعتقد ان الشافى هو الله تعالى دون الدواء (لا) تجوز الحقنة (بمحرم كالخمر ونحوها) قيل يجوز التداوى
بالمحرم كالخمر والبول ان اخبره طبيب مسلم ان فيه شفاء والحرمة ترتفع بالضرورة فلم يكن متداويا بالحرام فلم يتناوله
حديث النهى كما فى حاشية اخى لكن فيه كلام كما لا يخفى تأمل (ولا بأس برزق القاضى) من بيت المال (كفاية) يعنى
يعطى منه ما يكفيه واهله فى كل زمان سواء كان غنيا فى الاصح او فقيرا (بلا شرط) اذ لو شرط يكون استيجارا باجر
على افضل طاعة وذا لا يجوز هذا اذا كان بيت المال حلالا جمع بحق وان كان حرام جمع من باطل لم يحل اخذه
وقدم تفصيله فى القضاء (ولا بأس بسفر الامة وام الولد بلا محرم) لان الاجنبى فى الامة بمنزلة المحارم فى النظر
والمس عند الاركاب وكذا ام الولد لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة ومعتق البعض عند الامام والفتوى على انه
يكره فى زماننا لغلبة اهل الفساد (والخلوة بها) اى ولا بأس بالخلوة بالامة (قيل تباح) اعتبارا بالمحارم (وقيل
لا) تباح لعدم الضرورة (ويكره جعل الراية) اى جعل الطوق الحديد الثقيل المانع من تحريك الرأس (فى عنق
العبد) لانه عقوبة الكفار فيحرم كالاحراق بالنار وفى النهاية لا بأس فى زماننا لغلبة التمرد والفرار (لا) يكره
(تقييده) احترازا عن الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين فى الفساق (ويكره ان قرض بقالا درهما ليأخذ منه)
اى من البقال (به) اى بالدرهم (ما يحتاج) من الطعام وغيره (الى ان يستغرقه) اى الدرهم فانه قرض جر نفعا
وهو نهى عنه وينبغى ان يودعه اياه ثم يأخذ منه شيئا فشيئا وان ضاع فلا شئ عليه لان الوديعة امانة (والسنة تقليم
الاظافير) وفى الدرر رجل وقت لقلم اظافيره وحلق رأسه يوم الجمعة قالوا ان كان يرى جواز ذلك فى غير الجمعة
واخره الى يومها تأخيرا فاحشا كان مكروها لان من كان ظفره طويلا يكون رزقه ضيقا وان لم يجاوز الحد واخره

تبركا بالاخبار فهو مستحب لماروى عن النبي عليه السلام انه قال من قلم اظافيره يوم الجمعة اعاذه الله تعالى
من البلايا الى الجمعة الاخرى وزيادة ثلاثة ايام وينبغى ان يدفنه وان القاه فلا بأس به ويكره القاؤه فى الكنيف
والمغتسل (و) السنة (نتف الابط وحلق العانة والشارب) وفى القنية ويستحب حلق عانته وتنظيف بدنه
بالاغتسال فى كل اسبوع مرة فان لم يفعل ففى خمسة عشر يوما مرة ولاعذر فى تركه وراء اربعين (وقصه) اى الشارب
(حسن) وفى حق الغازى فى دار الحرب ان توفير شاربه مندوب اليه (ولا بأس بدخول الحمام للرجال وللنساء اذا اتزر)
الداخل فيه (وغض بصره ويستحب اتخاذ الاوعية لنقل الماء الى البيوت) لحاجة الوضوء والشرب للنساء لانهن
نهين عن الخروج فيلزم كسائر حاجاتها (وكونها) اى الاوعية (من الخزف افضل) وفى الحديث من اتخذ وانى بيته
خزفا زارته الملائكة ويجوز اتخاذها من نحاس اورصاص اوشبه اواديم (ولا بأس بستر حيطان البيت باللبود)
جمع اللبد (للبرد) لان فيه منفعة (ويكره للزينة وكذا ارخاء الستر على البيت) يعنى لايكره اذا كان لدفع البرد ويكره
ان للتكبر (واذا ادى الفرائض) من النفقة والكسوة وغيرهما (واحب ان يتنعم بمنظر حسن وجوار جميلة فلا بأس به)
لان النبي عليه السلام تسرى مارية ام ابراهيم مع ما كان عنده من الحرائر والاصل فيه قوله تعالى قل من حرم
زينة الله التى اخرج لعباده (والقناعة بادنى الكفاية وصرف الباقى الى ماينفع فى الاخرة اولى) لان ماعند الله خير
وابقى *) كتاب احياء الموات (* مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان يكون من حيث ان مسائل هذا الكتاب
مايكره ومالايكره ومن محاسنه التسبيب فى الخصب فى اقوات الانام ومشروعيته بقوله عليه السلام من احيى ارضا ميتة
فهى له وشروطه سنذكر فى اثناء الكلام وسببه تعلق البقاء المقدر وحكمه تملك المحيى ما احياه كما فى العناية الموات لغة
حيوان مات وسمى به ارض لامالك لها ولاينتفع بها بالموت تشبيها بالحيوان اذا مات و بطل الانتفاع به فالمراد من الاحياء
عرفا التصرف والانتفاع بان يبنى فيها بناء او يزرع فيها زرعا او يغرس فيها شجرا ونحو ذلك وشرعا (هى) اى الموات
بفتح الميم وضمها على وزن فعال من الموت (ارض لاينتفع بها) اى بالارض لانقطاع مائها اصلا وعارضا بحيث لايرجى
عوده اولغلبة الماء عليها اونحوهما مما يمنع الانتفاع مثل غلبة الرمل والحجر والشوك ومثل ان يكون الارض مالحة
اوغيرها (عادية) اى قديمة غير مملوكة لاحد من زمان بعيد ولذا نسبت الى عاد (اومملوكة فى الاسلام) لكن (ليس لها)
اليوم (مالك معين مسلم اوذمى) سواء كان فيها آثار العمارة اولا فان حكمها كالموات حيث يتصرف فيها الامام
كما يتصرف فى الموات لكن لوظهر لها مالك يرد عليه ويضمن نقصانها ان نقصت بالزراعة والا فلا وعن محمد
لايحيى ماله آثار العمارة ولايؤخذ منه التراب كالقصور الخربة كما فى القهستانى قيد بما ليس لها بمالك لانها
اذا كانت مملوكة لمسلم اوذمى لم يكن مواتا وان مضت عليه القرون وصارت خربة وفى الذخيرة ان الاراضى التى
انقرض اهلها كالموات وقيل كاللقطة (وعند محمد ان ملكت فى الاسلام لاتكون مواتا) علم لها مالك معين اولا
بل تكون لجماعة المسلمين (ويشترط عند ابى يوسف كونها) اى الارض (بعيدة عن العامر) اى البلد والقرية فان
العامر بمعنى المعمور لان الظ ان مايكون قريبا من القرية لاينقطع احتياج اهلها اليه كرعى مواشيهم وطرح
حصايدهم فلايكون مواتا وحد البعيد ان يكون فى مكان بحيث (لوصيح من اقصاه) اى لووقف انسان فى اقصى العامر
فصاح باعلى صوته (لايسمع فيها) فانه موات وان كان يسمع فليس بموات وفى رواية عنه ان البعد قدر غلوة كما
فى الذخيرة (وعند محمد) يشترط (ان لاينتفع بها) اى بالارض (اهل العامر) من حيث الاحتطاب اوالاحتشاش الى
غير ذلك (ولو) وصلية (قريبة منه) اى من العامر حتى لايجوز احياء ماينتفع به اهل القرية وان كان بعيدا ويجوز
احياء مالاينتفعون به وان كان قريبا من العامر وبه قالت الائمة الثلاثة وشمس الائمة اعتمد قول ابى يوسف كما فى
التبيين وفى القهستانى وبقول محمد يفتى كما فى زكوة الكبرى وهو ظاهر الرواية كما فى شرح الطحاوى والمفهوم من
كلام صاحب التسهيل ان قول الامام كقول ابى يوسف فى اشتراطه البعد حيث قال اعتبر محمد عدم الارتفاق
لا البعد خلافا لهما (من احياها) اى الموات (باذن الامام) اونائبه (ولو) وصلية (ذميا ملكها) اى ملك المحيى
الموات (وبلا اذنه) اى بلا اذن الامام اونائبه (لا) يملكها عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما يملكها بدون الاذن
لانها كانت مباحة ويده سبقت اليها بالخصوص فيملكها كما فى الحطب والصيد وبه قالت الائمة الثلاثة الا عند مالك
لوتشاحا اهل العامر يعتبر الاذن والا لا وللامام ان الارض مغنومة لاستيلاء المسلمين عليها فلم يكن لاحد ان يختص
بدون اذن الامام كسائر المغانم وفى القهستانى وان كان مستأمنا فلا يملكها اصلا بالاتفاق وفى التبيين ولو تركها بعد
الاحياء وزرعها غيره قيل الثانى احق بها لان الاول ملك استغلالها دون رقبتها والاصح ان الاول احق بها
لانه ملك رقبتها بالاحياء فلا يخرج عن ملكه بالترك ولو احيى ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر

على التعاقب تعين طريق الاول فى الارض الرابعة فى المروى عن محمد لانه لما احيى الجوانب الثلاثة تعين الجانب
الرابع للاستطراد ويملك الذمى بالاحياء كالمسلم لانهما لايختلفان فى سبب الملك انتهى (ولايجوز احياء ماقرب
من العامر بل يترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم) لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا اوتقديرا فصار كالنهر
والطريق وعلى هذا قالوا ليس للامام ان يقطع به مالاغنا للمسلمين عنه كالملح والآبار التى يستقى منها الماء كما فى التبيين
لكن بين هذا وبين مانقل آنفا عنه وهو قوله ويجوز احياء مالاينتفعون به وان كان قريبا من العامر وقول المص
وعند محمد ان لاينتفع بها اهل العامر ولو قريبة منه مخالفة لان مقتضاهما ان يجوز احياء ماقرب من العامر على تقدير
عدم انتفاعهم بها تتبع (ولا) يجوز احياء (ما) اى محل (عدل) اى رجع (عنه ماء الفرات ونحوها) كدجلة والشط
وغيرهما واحتمل عوده اليه لحاجة العامة الى كونه نهرا (فان) الظ وان بالواو (لم يحتمل) عوده الى مكانه ولم يكن
على قول ابى يوسف حريما لعامر (جاز) احياؤه لكونه ملحقا بالموات (ومن حجر ارضا ثلاث سنين ولم يعمرها)
اى الارض (اخذت) الارض (منه) اى من المحجر (ودفعت الى غيره) اى غير المحجر لان الدفع كان الى الاول
ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم تحصل يدفعه الى غيره تحصيلا للحق ولان التحجير
ليس باحياء فى الصحيح لان الاحياء جعلها صالحة للزراعة والتحجير للاعلام بوضع الاحجار حولها انه قصد احياءها
لكونه من الحجر بالحركة وقيل اشتقاقه من الحجر بالسكون هو المنع لان من اعلم فى قطعة ارض من الموات علامة
بوضع الاحجار والشوك فى اطرافها او باحراق مافيها من الشوك وغيره فكانه يمنع الغير فسمى فعله تحجيرا ولايفيد الملك
فبقيت مباحة على حالها لكنه هو اولى بها وانما قدر بثلاث سنين لقول عمر رضى الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين
حق وهذا من طريق الديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضى هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول ونظيره
الاستيام وحفر المعدن وان حفر بها بئرا فهو تحجير وليس باحياء وكذا اذا جعل الشوك حولها ولو كربها اوضرب
عليها المسناة اوشق لها نهرا فهو احياء كما فى التبيين (ومن حفر بئرا فى ارض موات فله حريمها ان) حفرها (باذن الامام
عند الامام لانه احياء بالاذن عنده والا لا (وكذا) له حريمها (ان) حفرها (بغير اذنه عندهما) لان حفر البئر
احياء عندهما سواء بالاذن او بغير الاذن (وحريم) بئر (العطن) التى ينزع الماء منها باليد وينّاخ الابل حولها للشرب
اربعون ذراعا) من كل جانب لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا (من كل جانب) عطنا لماشيته
ولان الحافر لايتمكن من الانتفاع ببئره الا بحريمها (هو الصحيح) احتراز عما قيل الاربعون من كل الجوانب الاربعة من كل
جانب عشرة اذرع لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة والصحيح مافى المتن لان فى الاراضى الرخوة يتحول الماء الى ما
يحفر دونها فيؤدى الى اختلاف حقه (وكذا) اربعون ذراعا من كل جانب فى الصحيح (حريم) البئر (الناضح) التى
نزح الماء بالناضح عند الامام (وعندهما للناضح ستون) اى لحريمها ستون ذراعا لقوله عليه السلام حريم العين
خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر ناضح ستون ذراعا وله قوله عليه السلام من حفر
بئرا فله ماحوله اربعون ذراعا من غير فصل ولما تعارض الخبران اخذنا بالاقل لتيقنه وفى المحيط اذا كان عمق الماء
زائدا على اربعين يزاد عليها (وحريم العين خمسمائة ذراع من كل جانب) لماروينا ولان العين تستخرج للزراعة
فلابد من مكان يجرى فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع ينزل فيه المسافر والدواب ومن موضع يجرى
منه الى المزارع والمراتع فقدر بالزيادة قيل لوكان عادية فحريمها خمسون ذراعا وعند الشافعى ومالك
يعتبر العرف فى الحريم مطلقا (ويمنع غيره) اى غير حافر البئر او العين (من الحفر فى حريمه) لانه بالحفر ملك حريم
ذلك المحفور فليس لغيره ان يتصرف فى ملكه (لا) يمنع من الحفر (فيما وراءه) اى فيما وراء الحريم لعدم تعلقه بما وراءه
(وان حفر احد) بئرا (فيه) اى فى داخل الحريم (ضمن) الاول للثانى (النقصان) لتعدى الثانى بتصرفه فى ملك غيره
وطريق معرفة النقصان ان يقوم الاولى قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان مابينهما (ويكبس الاول
بنفسه) اى يملأها بالتراب كما اذا هدم جدار غيره فانه لايؤمر بان يبنى جداره بل يضمن قيمة بنائه ثم يبنى بنفسه هو الصحيح
كما فى الهداية وقيل لايضمنه النقصان وان يأخذه بكبس ما احتفره لان ازالة جنايته حفره كما فى الكناسة يلقيها
فى دار غيره فانه يؤخذ برفعها وماعطب فى الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد اما ان كان باذن الامام فظ وكذا
اذا كان بغير اذنه عندهما والعذر للامام انه يجعل الحفر تحجيرا وهو تسبيل منه بغير اذن الامام والتحجير لايكون متعديا
فلايضمن بالاتفاق وان كان لايملكه بدون الاذن وماعطب فى الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر
فى ملك غيره كما فى الهداية (وان حفر) بئرا بامر الامام (فيما وراءه) اى فى غير حريم الاول قريبة منه فذهب
ماء البئر الاولى وعرف ان ذهابه من حفر الثانى (فلاضمان عليه) لانه غير متعد فيما صنع والماء تحت الارض غير مملوك

لاحد فليس له ان يخاصمه فى تحويل ماء بئر الى البئر الثانى كالتاجر اذا كان له حانوت فاتخذ اخر بجنبه حانوتا لمثل تلك التجارة فكسدت تجارة الاول بذلك لم يكن له ان يخاصم الثانى كما فى الدرر (وله) اى للذى حفر فيما وراء الحريم متصلا بحريم البئر الاولى (الحريم) من الجوانب الثلثة (مما) اى من جانب (سوى حريم) الحافر (الاول) لسبق ملك الحافر الاول فيه وان اراد التوسعة عليه حفر بعيدا من حريم البئر الاولى (وللقناة) اى مجرى الماء تحت الارض (حريم بقدر ما يصلحها) اى يحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه عند الامام (وقيل لا حريم لها ما لم يظهر ماؤها) عنده لكونها جوف الارض كالنهر وقيل انه مفوض الى رأى الامام كما فى الاختيار (وعندهما هى) اى القناة (كالبئر) فى استحقاق الحريم (وان ظهر ماؤها) اى ماء القناة (فهى كالعين) الفوارة (اجماعا) فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع (ولا حريم لنهر) فهو مجرى كبير لا يحتاج الى الكرى فى كل حين (فى ارض الغير الابحجة) اى من كان له نهر فى ارض غيره فليس له حريم عند الامام الا ان يقيم بينة على ثبوت الحريم له (وعندهما له) اى للنهر (مسناة) اى مسناة نهره لان يمشى عليها ويلقى طينه عليها قيل هذه المسئلة بناء على من احيا نهرا فى ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لكن المحققين من مشايخنا قالوا ان له الحريم بالاتفاق بقدر ما يحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه وهو الصحيح كما فى القهستانى نقلا عن التتمة وهذا الحريم (بقدر نصف عرضه من كل جانب عند ابى يوسف) لان المعتبر الحاجة الغالبة وذلك بنقل ترابه الى حافتيه فيكفى ما ذكرناه (و بقدر عرضه عند محمد) من كل جانب لانه قد لا يمكنه القاء التراب من الجانبين فيحتاج الى القائه فى احدهما فيقدر فى كل طرف ببطن النهر والحوض على هذا الاختلاف لهما انه لا انتفاع بالنهر الا بالحريم لانه يحتاج الى المشى فيه لتسييل الماء ولا يكون ذلك عادة فى بطنه والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان الحريم ثبت فى البئر بالنص على خلاف القياس فيقتصر على مورده ولان الحاجة فى البئر اكثر لانه لا يمكن الانتفاع بماء البئر بدون الاستقاء والاستقاء الا بالحريم واما النهر يمكن الانتفاع بمائه بدون الحريم وفى الشمنى وانما اختلف الامام وصاحباه فى موضع الاشتباه وهو ان يكون النهر موازيا للارض ولا فاصل بينهما وان لا يكون الحريم مشغولا بحق احدهما كالغرس حتى لو كان مشغولا بحق احدهما كان احق به باتفاق انتهى وانما قلنا هو مجرى كبير لان المجرى او كان صغيرا يحتاج الى الكرى فى كل وقت فله الحريم بالاتفاق كما فى الكفاية (وهو) اى قول محمد (الارفق) بالناس الذين هم اهل النهر كما فى الهداية وغيرها وفى القهستانى نقلا عن الكرمانى والفتوى على قول ابى يوسف (فالمسناة) مبتدأ خبره قوله الاتى لصاحب الارض وتفريع على الخلاف المزبور يعنى المسناة التى (بين النهر) اى بين نهر رجل صفة المسناة (والارض) اى وارض الاخر (و) الحال انها (ليست فى يد احد) منهما بان لم يكن عليها غرس ولا طين ملقى لواحد منهما والا فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد وان كان لكل واحد منهما يد فبشئ كان فيها ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف (لصاحب الارض) هذا عند الامام اذ لا حريم للنهر عنده (فلا يغرس فيها صاحب النهر ولا يلقى عليها طينه ولا يمر) لكونها تعديا منه فى حق مالكها (وقيل له) اى لصاحب النهر (المرور والقاء الطين فيها (ما لم يفحش) وهو الصحيح كما فى التبيين وغيره لانه لا يبطل بذلك حق صاحب الارض وبذلك جرت العادة ولكن لا يغرس فيه الا المالك (وعندهما هى) اى المسناة (لرب النهر فله ذلك) اى الغرس والالقاء والمرور بناء على اصلهما كما مر آنفا (وقال الفقيه ابو جعفر اخذ بقول الامام فى الغرس و بقولهما فى القاء الطين) فلا يغرس فيها صاحب النهر كيلا يبطل حق مالكها ولكن يلقى الطين للحاجة والضرورة (ومن غرس شجرة فى ارض موات فله حريمها خمسة اذرع من كل جانب) كما جزم به فى المختار حيث قال ولو غرس شجرة فى ارض موات فحريمها من كل جانب خمسة اذرع ليس لغيره ان يغرس فيه انتهى (يمنع غيره من الغرس فيه) لانه يحتاج الى الحريم لجذاذ ثمره والوضع فيه)

فصل فى الشرب (لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وفى القهستانى الشرب بالكسر اسم المصدر فهو لغة الماء المشروب واليه اشار بقوله (هو) اى الشرب (النصيب) قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم اى نصيب (من الماء) اى الحظ العين من الماء الجارى او الراكد للحيوان او الجماد وشرعا زمان الانتفاع بالماء سقيا للمزارع او الدواب (والشفة شرب بنى آدم) اى استعمالهم الماء لدفع العطش او الطبخ او الوضوء او الغسل او غسل الثياب او نحوها (و) شرب (البهائم) اى استعمالهن الماء للعطش ونحوه مما يناسبهن والبهيمة ما لا نطق له وذلك لما فى صوته من الابهام لكن يخص التعارف بما عدا السباع والطير كما فى القهستانى (الانهار العظام كالفرات) نهر الكوفة (ودجلة) نهر بغداد وغيرهما (غير المملوكة) لاحد لعدم يد فيها على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يكون محرزا والملك بالاحراز (ولكل احد فيها) اى فى الانهار العظام

حق الشفة والوضوء ونصب الرحى وكرى نهر الى ارضه) لقوله عليه السلام المسلمون شركاء فى ثلثة الماء والكلاء والنار لان الانتفاع بالانهار كالانتفاع بالشمس والقمر لا يمنع منه احد على اى وجه كان وشرط لجواز الانتفاع (ان لم يضر) الشق (بالعامة) وان كان مضرا بان مال الماء الى جانب تغرق الاراضى ليس له الشق ونصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقى (وفى الانهار المملوكة والحوض والبئر والقناة للكل) احد (حق الشفة) وحق سقى الدواب (ان لم يخف التخريب لكثرة المواشى) حتى لو خيف التخريب لكثرة الدواب يمنع لان الحق لصاحبه على الخصوص وانما ابتنا حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه (او) لم يخف (الاتيان على جميع الارض) وفى الهداية الشفة اذا كان يأتى على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشى كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا تردها فى كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل فى قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقى المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه انتهى وفى التبيين واختلفوا فيه قال بعضهم لا يمنع لاطلاق ما رويناه آنفا وقال اكثرهم له ان يمنع لانه يلحقه ضرر بذلك كسقى الاراضى انتهى ولهذا اختار المص المنع تابعا للاكثر (لا سقى ارضه او شجره) اى ليس لاحد سقى ارضه وشجره من نهر غيره وقناته و بئره وحوضه (الا باذن مالكه) لان الحق له فيتوقف على اذنه وفى المنح نقلا عن الخانية نهر لقوم لرجل ارض بجنبه ليس له شرب من هذا النهر وليس له ان يسقى منه ارضا او شجرا او زرعا ولا ان ينصب دولابا على النهر لارضه وان اراد ان يرفع الماء منه بالقرب والاوانى و يسقى زرعه او شجره اختلف المشايخ والاصح انه ليس ذلك ولاهل النهر ان يمنعوه (وله) اى لكل احد (الاخذ) اى اخذ الماء منها (للوضوء وغسل الثياب) ولو بغير رضائه لئلا يلزم ما هو مدفوع شرعا (وسقى شجر وخضر) اتخذهما (فى داره بالجرار فى الاصح) قال فى المنح لو اتخذ فى داره خضرة او شجرة واراد ان يسقى ذلك بالاوانى من نهر لغيره اختلفوا فيه قال بعض مشايخ بلخ ليس له ذلك الا باذن صاحب الماء كما ليس له سقى شجرة او خضرة فى غير داره وقال شمس الائمة السرخسى انه لا يمنع من هذا المقدار واختار المص ما قال السرخسى لان الناس يتوسعون فيه و يعدون المنع من الدناءة (وما احرز من الماء بجب او كوز ونحوه لا يؤخذ الا برضاء صاحبه وله) اى لصاحب الماء المحرز (بيعه) اى بيع الماء لانه ملكه بالاحراز وصار كالصيد اذا اخذه الا انه لا قطع فى سرقته بقيام شبهة الشركة فيه بالحديث فان قيل بهذا الاعتبار ينبغى ان لا يقطع فى الاشياء كلها لان قوله تعالى خلق لكم ما فى الارض جميعا يصير شبهة قالوا قوله تعالى خلق لكم ما فى الارض مقابلة الجمع بالجمع يقتضى انقسام الاحاد بالاحاد كقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجوز الزوائد على الاربع وفيما نحن فيه من الحديث اثبت الشركة للناس عاما (ولو كانت البئر او العين او النهر فى ملك احد فله) اى لصاحب الماء (منع من يريد الشفة من الدخول) اى فى ملكه اذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء فى ارض مباحة لعدم الضرورة (فان لم يجد غيره) اى غير ذلك الماء (لزمه) اى صاحب الماء (ان يخرج اليه الماء او يمكنه) من التمكين (من الدخول) بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا عن الطحاوى وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر فى ارض مملوكة له اما اذا احتفرها فى ارض موات ليس له ان يمنعه كما فى الهداية (فان لم يفعل) ما ذكر من الاخراج والتمكين (وخيف العطش) على نفس الطالب او دابته (قوتل بالسلاح) لاثر عمر رضى الله تعالى عنه ولانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة لان الماء فى البئر والنهر ونحوهما مباح غير مملوك (وفى) الماء (المحرز) فى الاوانى (يقاتل بغير سلاح) يعنى عند خوف الهلاك اذا كان فيه فضل من حاجته ولا يقاتله بالسلاح لانه ملكه بالاحراز حتى كان له تضمينه الا انه مأمور ان يدفع اليه قدر حاجته فبالمنع خالف الامر فيؤدبه كما فى الاختيار (كما فى الطعام حال المخمصة) والمفهوم من الكافى وغيره جواز ان يقاتله بالسلاح لانه قال الاولى ان يقاتله بغير سلاح لانه ارتكب معصية فصار ذلك بمنزلة التعزير *)

فصل (* فى كرى الانهار (وكرى الانهار العظام من بيت المال) خبر كرى الانهار وفى الهداية الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه فى المقاسم بعد اى قط كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه والاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم و يصرف اليهم من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثانى للفقراء والاول للنوائب (وان لم يكن فيه) اى فى بيت المال (شئ فعلى العامة) اى فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذهم لا يجتمعون ولا ينفقون عليها بانفسهم ولا يقيمونها ان لم يجبرهم الامام عليه وفى مثله قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم لانه يخرج للكرى من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم كما يفعله فى تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق

على القتال وتجعل مؤنته على الاغنياء (وكرى ما ملك) ودخل ماؤه فى المقاسم قوله ملك على صيغة المبنى للمفعول
على اربابه وهذا النوع اثنان ان يكون عاما من وجه خاصا من وجه والثانى ان يكون خاصا من كل وجه والفارق
بينهما ان ما يستحق به الشفعة فهو خاص من كل وجه وما لا يستحق فهو عام من وجه فكرى به على اهله الا على بيت المال
لان منفعته لهم على الخصوص فتكون مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم (لا على اهل الشفعة) لانهم لا يخصون ولا اهل
الدنيا كلهم حق الشفعة ولانهم اتباع والمؤنة تجب على الاصول دون الاتباع (ويجبر من ابى) عن الكرى دفعا للضرر
بقية الشركاء وقيل لا يجبر فى المملوك الخاص لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه بالكرى بامر القاضى
ثم يرجع على الابى ولا كذلك الاول (ومؤنته) اى مؤنة الكرى المشترك (عليهم) اى على الارباب (من اعلاه) اى من
اعلى النهر (واذا جاوز) الكرى (ارض رجل) من الشركاء (سقطت) المؤنة (عنه) اى عن الرجل عند الامام
وفى الخانية الفتوى على قوله (وليس له) اى الرجل (سقى ارضه ما لم يفرغ شركاؤه) عن الكرى لاختصاصه بالانتفاع
بالماء دون شركائه (وقيل له) اى للرجل (ذلك) اى السقى قبل فراغهم (وعندهما هى) اى المؤنة (عليهم) اى
على الارباب (جميعا من اوله) اى من اول النهر (الى آخره بحصص الشرب) وبيانه ان الشركاء فى النهر اذا كانوا
عشرة مثلا فعلى كل واحد منهم عشر مؤنة الكرى فاذا جاوز عن ارض احدهم فعلى كل من الباقين تسعها
واذا تجاوز عن ارض اخرى فعلى كل منهما ثمنها هذا عند الامام وقالا على كل منهما اعشار من اول الكرى الى آخره
لان لصاحب الاعلى حقا فى الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصد من الكرى الانتفاع
بالسقى وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل
على سطح غيره كيف وانه يمكنه رفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرناه وقيل
اذا جاوز فوهة نهره وهو مروى عن محمد والاول اصح لان له رأيا فى اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله اذا جاوز الكرى
ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقى ارضه لانتهاء الكرى فى حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ
شركاؤه نفيا لاختصاصه كما فى الهداية (وتصح دعوى الشرب بلا ارض) استحسانا لان الشرب قد يملك بلا ارض
ارثا ووصية وقد يباع الارض بدون الشرب فيبقى له الشرب وحده فصار هو مرغوبا منتفعا به فتصح الدعوى
وتقبل البينة وفى القياس لا تصح دعواه بدونها لعدم تحقق شرط صحة الدعوى وهو الاعلام والشرب لا يقبل الاعلام
لجهالة المقام (ومن كان له نهر يجرى فى ارض غيره فاراد رب الارض منع الاجراء) فى ارضه (فليس له) اى للرب (ذلك)
اى المنع ويترك على حاله لان موضع النهر مستعمل له باجراء مائه فيكون فى يده فعند الاختلاف يكون القول قوله
فى انه ملكه (فان لم يكن) اى النهر (فى يده) او لم يكن له اشجار ولا طين ملقى على جانبى النهر (او لم يكن جاريا فادعى انه)
اى النهر (له وقصد اجراءه لا يسمع بلا بينة انه) اى النهر (له او انه كان له حق الاجراء) فى هذا النهر يسوقه الى ارضه
ليسقيها فيقضى له به لاثباته بالحجة ملك الرقبة اذا كانت الدعوى فيه او حق الاجراء باثبات الجرى من غير دعوى الملك
(وعلى هذا المصب فى نهر او سطح والميزاب والممشى فى دار الغير) فحكم الاختلاف فيها نظيره فى الشرب وقع
فى نسخة المص بالواو فى الميزاب والممشى لكن الظاهر باو فيهما تدبر (وان اختصم جماعة فى شرب) اى نهر بين قوم
اختصموا فى الشرب فالنهر (بينهم قسم) الشرب (على قدر اراضيهم) لان الحق بالشرب سقى الاراضى والحاجة الى
ذلك تختلف بقلة الاراضى وكثرتها والظاهر ان حق كل واحد منهم من الشرب بقدر اراضيه وبقدر حاجته
بخلاف الطريق اذا اختلف فيه الشركاء حيث يستوون فى ملك رقبة الطريق ولا يعتبر فى ذلك سعة الدار
وضيقها لان الحق فيه التطرق ولا يختلف باختلاف الدار الواسعة والضيقة (ويمنع الاعلى) منهم (من سكر النهر)
اى من سده يعنى اذا كان ارض الاعلى منهم مرتفعة والماء قليلا بحيث لا يمكنه سقى ارضه بتمامها الا بسده
لم يكن له ذلك لان الماء يكون محبوسا عن الباقين فى بعض المدة وفيه منع لحقهم فلو انحدر الماء من الجبل الى
وجه الارض فانتشر لا يمنع الاعلى منه بل يكون لمن سبق اليه يده وفيه اشعار بانه يشرب بقدر ما يدخل فى ارضه
بدون السكر انتهى (بلا رضاهم) اى بلا رضاء الشركاء الباقية (وان) وصلية (لم تشرب ارضه) اى الاعلى
(بدونه) اى السكر فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم
فى نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا امكنه ان يسكر بلوح او باب لا يسكر بما يكبس به النهر كالطين والتراب من غير تراض
لكونه اضرارا بهم فان لم يسكر باللوح فبالتراب ولو كان الماء فى النهر بحيث لا يجرى الى ارض كل واحد منهم
الا بالسكر فانه يبدأ باهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا ليرتفع الماء الى اراضيهم (وليس
لواحد منهم) اى من الشركاء (ان يشق منه) اى من النهر المشترك (نهرا او ينصب عليه رحى او) ينصب عليه (دالية)

وهى بالفارسية چرخ آب (او) ينصب عليه (جسرا) وهو اسم لما يتخذ من الخشبة والالواح على النهر (بلا اذن البقية)
اذ بالشق يكسر ضفة النهر المشترك وبالنصب يتغير عن سننه الذى كان يجرى عليه ويسد جانب النهر فيتوقف
على اذن شريكه (الا رحى فى ملكه ولا تضر بالنهر ولا بمائه) اى الا اذا وضع رحى فى ملكه بان وقع فى بطن النهر
وكان جانباه ملكا له وللآخر حق التسييل حال كونه غير مضر بالنهر من كسر ضفته ولا بالماء من اخراجه عن سننه
فيجوز كما ذكرنا آنفا (ولا ان يوسع فم النهر) اى نهره فى ارضه لانه يكسر طرف اصل النهر ويزيد على مقدار حقه
فى اخذ الماء (ولا ان يقسم بالايام او مناصفة بعد كون القسمة) من القديم (بالكوى) بكسر الكاف جمع كوة بفتحها وقد
يضم الكاف فى المفرد فالجمع كوى كعروة وعرى ويجوز فيه المد والقصر والمراد ثقب فى الخشب او الحجر يجرى الماء
الى المزارع او الجداول اى ليس لواحد منهم ان يقسم بالايام ولا مناصفة مع ان القسمة قد كانت من القديم بالكوى وكذا
ان يقسم بالكوى وقد كانت بالايام لان القديم يترك على قدمه الا ان يرضى الكل (ولا ان يزيد كوة) اى لو كان لكل منهم كوى
مسماة فى نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة (وان) وصلية (لم يضر بالباقين) لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كان
الكوى فى النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد فى الكوى بالطريق الاولى كما فى الهداية
(ولا ان ينقص بعض كواه) وفى التبيين ولو اراد الاعلى من الشريكين من النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد
بعضها دفعا لفيض الماء عنها كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالآخر وكذا اذا اراد ان يقسم النهر مناصفة
لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما (ولا) اى ليس لواحد (ان يسوق شربه الى ارض
اخرى له ليس لها) اى للارض الاخرى (منه) اى من النهر (شرب) لاحتمال ان يدعى رب الارض بتقادم العهد
حقا لتلك الارض فى الشرب وكذا اذا اراد ان يسوق شربه فى ارضه الاولى حتى تنتهى الى هذه الارض الاخرى
لانه يستوفى زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقى الاخرى (فان رضى البقية) اى بقية
الشركاء (بشىء من ذلك) المذكور من النقص والزيادة والقسمة من الايام وغيرها (جاز) لان الحق لهم (ولهم) اسقاطه
ولهم اى للبقية (نقضه بعد الاجازة وورثتهم من بعدهم) لانه اعارة الشرب لا مبادلة لان مبادلة الشرب بالشرب باطلة
وكذا اجارة الشرب لا تجوز لما عرف فى موضعه فتعينت الاعارة وهذا لان القسمة بالكوى قد تمت وليس لاحدهما
ان ينقض تلك القسمة فاذا تراضيا على خلاف ذلك يكون كل واحد منهما معيرا نصيبه من صاحبه فيرجع فيها
هو وورثته اى وقت شاء لان العارية غير لازمة كما فى التبيين (والشرب يورث) لكونه حقا ماليا فيجرى فيه الارث
(ويوصى بالانتفاع به) اى بعينه لا برقبته اذ الوصية كالارث فى الثبوت بعد الموت فيصير حكمها كحكمه وجهالة
الموصى به لا تمنع الوصية لانها من اوسع العقود حتى جازت للمعدوم بالمعدوم كما فى المنح (ولا يباع الشرب ولا يوهب
ولا يوجر ولا يتصدق به) بلا ارض للجهالة الفاحشة وعدم تصور القبض ولكونه غير متقوم حتى لو اتلف شرب
انسان بان سقى ارضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وفى الهداية ولا يباع الشرب فى دين صاحبه بعد موته
بدون ارض كما فى حال حيوته وكيف يصنع الامام والاصح ان يضم الى ارض لا شرب له فيبيعها باذن صاحبها
ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة
الميت بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين
(ولا يجعل) الشرب (مهرا) حتى لو تزوج امرأة على ان يكون الشرب مهرا لها يجب مهر المثل عليه لا الشرب
(ولا) يجعل (بدل صلح) فيكون المدعى على دعواه (ولا يضمن من ملأ ارضه فنزت ارض جاره) او غرقت لانه مسبب
وليس بمتعد فيه فلا يضمن لان شرط وجوب الضمان فى السبب ان يكون متعديا وانما قلنا ليس بمتعد فيه لان له
ان يملأ ارضه ماء ويسقيها كما فى المنح وفى القهستانى هذا اذا سقى فى نوبته مقدار حقه واما اذا سقى فى غير
نوبته او زاد على حقه يضمن على ما قال اسماعيل الزاهد وذكر فى التتمة انه اذا سقى سقيا غير معتاد فتعدى
ضمن وعليه الفتوى (ولا) يضمن (من سقى من شرب) غيره لان الشرب ليس بمال متقوم وهذا على رواية الاصل
وهو مختار الامام المعروف بخواهر زاده وعليه الفتوى كما فى القهستانى وفى الزاهدى من سقى من شرب غيره يرفع
الى السلطان ليؤدبه بالحبس والضرب وفى المنح وان اخذ مرة بعد مرة يؤدبه السلطان بالضرب والحبس
ان رأى ذلك

* كتاب الاشربة *

(ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم
الشرب لمناسبته لاحياء الموات ومن محاسنه بيان حرمتها اذ لا شبهة فى حسن تحريم ما يزيل العقل الذى هو ملاك
معرفة الله تع وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للامم السالفة مع احتياجهم الى ذلك قلت بان السكر حرام فى جميع
الاديان وحرمة شرب القليل علينا كرامة لنا من الله تع لئلا نقع فى المحظور ونحن مشهود لنا بالحرمة واعلم ان الاصل

فى الاشياء كلها سوى الفروج الاباحة قال الله تع هو الذى خلق لكم مافى الارض جميعا وقال كلوا مما فى الارض حلالا طيبا وانما تثبت بعارض نص مطلق او خبر مروى فالم يوجد شئ من الدلائل المحرمة فهى على الاباحة وقد دل كتاب الله تع وهو قوله تع انما الخمر والميسر الاية وقول النبى عليه السلام حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها وقد تواتر تحريمها عن النبى عليه السلام وعليه اجماع الامة والسكر من كل شراب فالشراب لغة اسم لما يشرب ماء كان او غيره حلالا او غيره واصطلاحا ما هو مسكر ومايستخرج منه وهو اكثر من عشرة عند بعض اصحابنا والمضاف محذوف اى شرب الاشربة واصولها الثمار كالعنب والتمر والزبيب والحبوبات كالبر والذرة والدخن والحلاوات كالسكر والفانيذ والعسل والالبان كلبن الابل والرماك والمتخذ من العنب خمسة انواع او ستة ومن التمر ثلاثة ومن الزبيب اثنان ومن كل البواقى واحد وكل منها على نوعين نى ومطبوخ كما سياتى (تحرم الخمر) وان قلت (وهى النى) بكسر النون وتشديد الياء (من ماء العنب اذا غلا) من غلا يغلى غليا وغليانا اى صار اسفله اعلاه (واشتد) اى قوى بحيث يصيره مسكرا (والقذف بالزبد) بالتحريك اى رماه بحيث لايبقى فيه شئ من الزبد فيصفو ويروق (شرط) عند الامام لان الغليان بداية الشدة والقذف بالزبد والسكون كمال الشدة اذ به يتميز الصافى عن الكدر (خلافا لهما) لان عندهما وعند الائمة الثلثة لايشترط فيه القذف بالزبد لانه يسمى خمرا قبل القذف وفى المنح والغليان والشدة شرط بالاجماع وفى النهاية ولايحد بدون القذف احتياطا به قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية وخص اسم الخمر بالنى من ماء العنب اذا صار مسكرا باتفاق اهل اللغة واستعمل فيه وقال بعض الناس لفظ الخمر اسم لكل مسكر نيا كان او مطبوخا من ماء عنب او غيره لانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود فى كل مسكر واجيب عنه انما سمى هذا خمرا لتخمره وهو الشدة والقوة او لاختماره وهو تغيره بحيث لا للمخامرة ولو سلم انه سمى لمخامرة العقل وذا لايدل على ان كل مايخامر العقل يسمى خمرا كالنجم لانه اسم خاص بالكواكب لظهوره وهذا لايدل على ان كل ماظهر يسمى نجما مع ان المناسبة فى الوضع تعتبر تارة كما فى النجم والخمر وقد لاتعتبر تارة كما فى الحجر والجدار (و) يحرم (الطلاء) بكسر الطاء وتخفيف اللام ومد الالف (وهو ما طبخ منه) اى من ماء العنب (فذهب اقل من ثلثيه) كما فى الوقاية والكنز لكن فى التبيين نقلا من المحيط الطلاء اسم للمثلث وهو ما اذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه وصار مسكرا وهو الصواب لما روى ان كبار الصحابة رضى الله عنهم كانوا يشربون من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقى ثلثه على ما يجئ من قريب ويؤيد المحيط تفسير الجوهرى اياه بما ذهب ثلثاه وفى الهداية كما فى المتن اعتبر الذاهب اقل من ثلثيه ويسمى الباذق ايضا سواء كان الذاهب قليلا او كثيرا بعد ان لم يكن الذاهب ثلثين (فان ذهب نصفه) بالطبخ وبقى النصف (يسمى منصفا وان طبخ بادنى طبخة يسمى باذقا) اسم لما يطبخ من ماء العنب حتى يذهب اقل من ثلثيه سواء كان اقل من الثلث او النصف بعد ماصار مسكرا (اذا غلا واشتد) وقذف بالزبد على الاختلاف لانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره كالخمر ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا لما يتعلق به الفساد وقال الاوزاعى انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر (و) يحرم (السكر) وفى المغرب بفتحتين عصير الرطب ولهذا قال (وهو النى من ماء الرطب) وفى المنح واشتقاقه من سكرت الريح اذا سكنت فسره الجوهرى بنبيذ التمر وفى الهداية السكر هو النى من ماء التمر اى الرطب وفى العناية انما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من ماء التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول الشيخين فبين قولى الجوهرى والفقهاء نوع مخالفة فليتأمل وانما يحرم (اذا غلا واشتد) وقذف بالزبد وقبله حلال وقال شريك بن عبد الله هو مباح وان قذف بالزبد لقوله تعالى ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا لان الذكر وقع فى موضع المنة وهى لاتتحقق بالمحرم قيل فى جوابه ان توصيف المعطوف بالحسن لايخلو عن الدلالة على ان فى المعطوف عليه قبحا مع ان الامتنان مشوب بالتوبيخ هو تتخذون سكرا وتدعون رزقا حسنا (و) يحرم (نقيع الزبيب) وهى النى من ماء الزبيب (اذا غلا واشتد) ويأتى فيه خلاف الاوزاعى (واشتراط قذف الزبد فيهن) اى فى النقيع والسكر والطلاء (على مافى الخمر) اى على الخلاف الواقع فيها (والكل) من الطلاء والمنصف والباذق والسكر والنقيع (حرام) لحديث كل مسكر حرام ولعله لاخلاله بسلامة العقل (وحرمتها) اى حرمة هذه الاشياء (دون) حرمة (الخمر فنجاسة الخمر غليظة) رواية واحدة كالبول لثبوت حرمتها بدليل مقطوع (ونجاسة هذه) الاشياء (مختلف فى غلظها وخفتها) فان نجاستها خفيفة فى رواية (ويكفر مستحل الخمر) لانكاره الدليل القطعى (دون هذه) الاشياء لان حرمتها غير قطعية بل اجتهادية (ويحد بشرب قطرة من الخمر وان) وصلية (لم يسكر بخلاف هذه الاشياء) اى لم يحد فيها مالم يسكر منها لان الحد ورد فى النى خاصة ولايتعدى الى المطبوخ (ويجوز بيع هذه) الاشياء (ويضمن متلفها) عند الامام

(خلافا لهما) كما مر فى الغصب (وفى الخمر عدم جواز البيع وعدم الضمان) على المتلف (اجماعا) اما عدم جواز البيع فلقوله عليه السلام ان الذى حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واما عدم الضمان فلسقوط تقومها فى حق المسلم (ولو طبخت الخمر او غيرها) من الاشربة المحرمة (بعد الاشتداد لاتحل وان) وصلية (ذهب الثلثان) وبقى الثلث لان الطبخ للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها (لكن قبل لايحد) من شرب ذلك المطبوخ (مالم يسكر) لان الحد فى القليل ورد فى النى والطبخ يورث الشبهة والحد يندرئ بها وعند السكر يلحق بالخمر (ويحل نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ ادنى طبخة) وهو ان يطبخ الى ان ينضج (وان) وصلية (اشتد) بمكثه (مالم يسكر) بلانية لهو وطرب بل بنية تقو لقوله عليه السلام ولاتنتبذوا الرطب والزبيب معا ولكن انتبذوا كل واحد منهما على حدته وهذا نص على ان المتخذ من كل واحد منهما فرادى مباح وهذا محمول على المطبوخ منه اذ النى حرام باجماع الصحابة رضى الله عنهم وفى الهداية ولو جمع فى الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لايحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لابد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا انتهى هذا مخالف لما قبله وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال تتبع (وكذا) يحل (نبيذ العسل والتين والحنطة والشعير والذرة) وفى الهداية ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند الشيخين اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم انتهى لكن ينافى قوله عليه السلام حرمة الخمر لعينها والسكر من كل شراب الا ان يحمل هذا على سكر من كل شراب يتخذ من هاتين غير الخمر كما فى التسهيل لكن يرد عليه ما روى عن النبى عليه السلام انه قال ما اسكر كثيره فقليله حرام وقال كل مسكر خمر الا ان يقال ليس بثابت ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير تتبع فان اقوال الفقهاء فى هذا المحل مضطربة (والخليطين) من الزبيب والتمر (طبخت اولا) هذا قيد لقوله وكذا نبيذ العسل الى هنا لكن فى الهداية وغيرها من المعتبرات ولا بأس بالخليطين لما روى عن ابن زياد انه قال سقانى ابن عمر رضى الله عنهما شربة ما كدت اهتدى الى اهلى فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال مازدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان مذهب ابن عمر نقيع الزبيب كان حراما وهو النى منه والايؤدى الى التناقض وما روى من النهى عن الخليط محمول على حالة القحط وكان ذلك فى الابتداء والاباحة فى حالة السعة انتهى فعلى هذا ظهر المنافاة بين قول المص وهو طبخت اولا وبين قول الهداية وغيرها وهو وكان مطبوخا لكن يمكن التوفيق بان قول الهداية وغيرها بعد الاشتداد وقول المص وهو طبخت اولا قبل الاشتداد ويؤيده ما روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت ننتبذ لرسول الله عليه السلام فى سقاء فيأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فيطرحهما فيه ثم يصب عليه الماء فينتبذه غدوة فيشربه عشية وينتبذ عشية فيشربه غدوة فعلم انه قبل الاشتداد لانه لايشتد فى الغدوة وكذا فى العشية تتبع (وكذا) يحل (المثلث وهو عصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه) وبقى الثلث ولا يعتبر بما خرج من القدر من شدة الغليان من الزبد فلو طبخ عشرة اصوع من العصير فذهب صاع بالزبد طبخ الباقى حتى يذهب ستة اصوع ويبقى الثلث فيحل وينبغى ان يطبخ موصولا فاذا انقطع الطبخ ثم اعيد فان كان قبل تغيره بحدوث المرارة وغيرها حل والا حرم وهو المختار للفتوى كما فى القهستانى (وان) وصلية (اشتد) وقذف مالم يسكر بلانية لهو وطرب عند الشيخين لانه لغلظته لايدعوا الى اكثار شربه وهو فى نفسه غذاء فبقى على اصل الاباحة كما مر تفصيله قبله وفى الهداية والذى يصب الماء بعدما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة فحكمه حكم المثلث لان صب الماء لايزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب (وفى الحد بالسكر منها) اى من هذه الاشياء (روايتان والصحيح وجوبه) اى وجوب الحد لان الفساق يجتمعون عليه فى زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك (ووقوع طلاق من سكر منها) اى من هذه الاشياء (تابع للحرمة) فمن قال انها حرام يقع طلاق من سكر منها ومن قال انها حلال لايقع طلاق من سكر منها لانه بمنزلة النائم وذهاب العقل بالبنج ولبن الرماك (والكل حرام عند محمد) وعند مالك والشافعى (وبه) اى بقول محمد (يفتى) لفساد الزمان وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه (والخلاف) بينه وبين الشيخين (انما هو عند قصد التقوى) بشربها (اما عند قصد التلهى فحرام اجماعا) فانه يقع الطلاق بالاجماع لان التلهى حرام وما يؤدى الى الحرام فهو حرام ايضا (وخل الخمر حلال) لزوال اشتدادها الذى هو علة الحرمة (ولو) وصلية (خللت بعلاج) بالقاء ملح او خل عندنا لقوله عليه السلام خير خلكم خل خمركم ولان التخليل اصلاح كدبغ الجلد بازالة صفة الاسكار وعند الشافعى يكره

تخليلها ولايحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شئ فيه قول واحد لاحتمال بقاء اجزاء الخمر وان كان
بغير القاء شئ فيه فله فى الخل الحاصل به قولان ثم اذا صارت خلا يطهر مايوازيها من الاناء واما اعلاه وهو
الذى انتقص منه الخمر فقد قيل يطهر تبعا وقيل لايطهر ولوغسل بالخل فتخلل من ساعته طهر للاستحالة
(ولابأس بالانتباذ) اى اتخاذ النبيذ (فى الدباء) وهو القرع (والحنتم) بفتح الحاء المهملة وسكون النون وفتح التاء
المثناة وهو الجرة الخضراء وقيل هو الجرة الحمراء يحمل فيها الخمر ويؤتى بها من نواحى اليمن (والمزفت) هو الوعاء
المطلى بالزفت (والنقير) هو الخشب المنقور لان هذه الظروف كانت مختصة بالخمر فلما حرمت الخمر حرم استعمال
هذه الظروف تشديدا فى تحريم الخمر ليتركه الناس فلما مضت الايام ابيح استعمالها لاستقرار الامر بالتمام وان
استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديدا لايطهر عند محمد
لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابى يوسف يغسل ثلاثا و يجفف فى كل مرة وقيل عند ابى يوسف يملأ ماء
مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته وفى الخانية انه حكى عن الفقيه ابى جعفر
ان الخمر اذا صارت خلا يطهر الظرف كله ولايحتاج الى ذلك التكلف و به اخذ الفقيه ابو الليث وهو اختيار
صدر الشهيد وعليه الفتوى لان بخار الخل يرتفع الى اعلاه فيطهر كله (و يكره شرب دردى الخمر) وهو
مايبقى فى اسفله (والامتشاط به) اى بدردى الخمر وانما خص الامتشاط بالذكر مع ان الانتفاع به حرام
لان له تأثيرا فى تحسين الشعر والمراد بالكراهة الحرمة لان فيه اجزاء الخمر وهذا هو المفهوم من الهداية
وغيرها ولذا قال فى مختصر الوقاية وحرم شرب دردى الخمر (ولايحد شاربه بلا سكر) لان وجوب الحد للزجر عن
الميل والطبع لايميل الى الدردى فقليله لايدعوا الى كثيره خلافا للشافعى فانه قال يحد لانه شرب جزء من الخمر
(ولايجوز الانتفاع بالخمر) لان الانتفاع بالنجس حرام كما حققناه فى الكراهية (ولا) يجوز (ان يداوى بها) اى بالخمر
(جرح) بضم الجيم (ولا) يجوز ان يداوى بها (دبر دابة) لانه نوع انتفاع والدبر بالتحريك قرحة دابة (ولايسقى ادميا
واو) وصلية (صبيا للتداوى) كما بيناه فى الكراهية (ولاتسقى الدواب) مطلقا (وقيل) ان اريد سقى الدواب لايحمل الخمر
اليها) اى الى الدابة (فان قيدت) اى الدابة (الى الخمر فلا بأس به) اى بالقود لانه لايكون حاملها (كما فى الكلب
والميتة) فانه ان دعاه اليها فلا بأس به وان حملها اليه لايجوز (ولا بأس بالقاء الدردى فى الخل) لانه يصير خلا (لكن
يحمل الخل اليه) اى الى الدردى (دون عكسه) اى لايحمل الدردى اليه لان النجس لايحمل *) كتاب الصيد (*
مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد مما يورث السرور ومن حيث
ان الصيد من الاطعمة ومناسبتها للاشربة غير خفية ثم كما ان منها ما هو حلال او حرام كذلك من الصيود
ما هو حلال وحرام الا انه قدم الاشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنها محاسن المكاسب ولان فيه تحقيق
منة الله تعالى بقوله وخلق لكم مافى الارض جميعا وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون للحاجة اليه وقد
يكون لاظهار الجلادة وقد يكون للتفرج (هو) اى الصيد مصدر بمعنى (الاصطياد) ثم صار اسما للصيد الممتنع بقوائمه
او بجناحيه لان المصدر يطلق على المفعول كضرب الامير (وهو جائز بالجوارح المعلمة) من الكلب والفهد والبازى
والشاهين والباشق والعقاب والصقر ونحوها وقيده صاحب التنوير بشرط قابلية التعليم و بشرط كون الحيوان
الذى يصاد به ليس بنجس العين فلا يجوز الصيد بدب واسد لعدم قابلية التعليم ولايجوز بالخنزير لنجاسة عينه
فلا حاجة الى الاستثناء فعلى هذا ينبغى ان لايجوز الاصطياد بالكلب على القول بنجاسة عينه الا ان يقال ان النص ورد
فى حل الاصطياد به بخصوصه والاصل فيه قوله تعالى احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن
مما علمكم الله اى صيد ما علمتم من الجوارح وهو معطوف على الطيبات والجوارح الكواسب والجرح الكسب والمكلبين
المسلطين وقيل ان يكون جارحة بنابها ومخلبها حقيقة ويمكن حمل الاية على المعنيين فيشترط الجراحة حقيقة على
ما هو ظاهر الرواية لان فى اشتراط الجرح من الكواسب عملا بالمتيقن به ومعنى قوله مكلبين معلمين الاصطياد تعلمونهن
تؤدبونهن والمعلم من الكلاب مؤدبها ثم فى كل ما ادب جارحة بهيمة كانت او طيرا كما فى التبيين (والمحدد من سهم وغيره)
لقوله عليه السلام اذا رميت سهمك وذكرت اسم الله عليه فكل (لما يؤكل لا كله) اى يجوز اصطياد ما يؤكل لحمه
بما ذكر لاكله (و) يجوز اصطياد (ما لايؤكل لحمه لجلده وشعره) لاطلاق قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولايختص
بمأكول اللحم قال قائلهم صيد الملوك ارانب وثعالب واذا ركبت فصيدى الابطال ولان صيده سبب الانتفاع بجلده
او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع كما فى الهداية (ولابد فيه) اى فى الصيد (من الجرح) اى موضع منه
فان مات بعد جرحه يؤكل فى ظاهر الرواية لان الذبح الاختيارى يحصل بالجرح وكذا الذبح الاضطرارى وعن ابى يوسف

وهو رواية الحسن عن الامام والشافعى فى قول انه لايشترط الجرح لان الجوارح فى الاية بمعنى الكواسب لقوله تعالى
و يعلم ما جرحتم بالنهار اى كسبتم لا الجوارح بالناب والمخلب حقيقة كما مر قبله (و) لابد فيه من (كون المرسل) اى
مرسل الجارح (او الرامى مسلما او كتابيا) وهو يعقل التسمية و يضبط على نحو ما ذكرنا فى الذبائح و به يصير اهلا للذكوة
(وان لايترك التسمية عمدا عند الارسال او الرمى) لقوله عليه السلام لعدى بن حاتم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت
اسم الله تعالى فكل شرط التسمية لحل الاكل وعند الشافعى لايشترط فى رواية قيد بالعمد لانه لو تركه ناسيا حل ايضا
كما مر فى الذبائح (وكون الصيد ممتنعا) من الادمى قادرا على الامتناع بالقوائم او الجناحين متوحشا قال ابن الشيخ
فى شرح الوقاية فالحيوان كالظبى والارنب اذا وقع فى الشبكة او سقط فى البئر او كان ضعيفا مجروحا هو متوحش
غير ممتنع واذا استأنس بالادمى هو ممتنع غير متوحش فلا يجرى الحكم المذكور من الذبح الاضطرارى وان كان ممتنعا
ولم يكن متوحشا فى اصل كالبقر لايكون صيدا وان كان متوحشا كالذئب والثعلب لايكون من الذبائح لانه لايؤكل
بل يكون صيدا ينتفع بجلده (و) لابد (ان لايقعد) المرسل او الرامى (عن طلبه بعد التوارى عن بصره) الا ان يقعد
لحاجة انسانية كقضاء حاجة واكل عن جوع وشرب عن عطش وصلوة عن فرض وجلوس عن عى فان قعد
عن طلبه بلا ضرورة فوجده ميتا يحرم اكله لقوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلته كما سيأتى تفصيله (و) لابد
(ان لايشارك المعلم غير المعلم) بفتح اللام فيهما فلو ارسل الكلب المعلم وشاركه غير المعلم فى جرح صيد لم يؤكل لانه
اجتمع فيه المبيح والمحرم والاحتراز عنه ممكن فيرجح المحرم احتياطا ولو شاركه فى اخذه دون الجرح كره كراهة التحريم
على الصحيح (او) لايشارك المعلم (مرسل) اسم مفعول مضافا الى (من لايحل ارساله) ككلب المرتد او الوثنى
او المجوسى او كلب لم يرسل للصيد او ارسل وترك التسمية عمدا لما بيناه (وان لا تطول وقفته) اى وقفة المعلم
(بعد الارسال) حتى لا ينقطع ارساله بالتسمية (لغير اكمان للصيد) فلو وقف الفهد وكمن للاحتيال فى الاخذ فلا
يحرم لان ذلك عادته وكذا بعض الكلاب فلا ينقطع به فور الارسال كما سيأتى (و يجوز بكل جارح علم) من السباع
والطير (من ذى ناب او مخلب) اخذ الصيد بطريق الشرع وفيه اشعار بان ما لا ناب له ولا مخلب لم يحل صيده
بلا ذبح لانه لم يجرح كما فى القهستانى (و يثبت التعلم بغالب الرأى او بالرجوع الى اهل الخبرة) عند الامام
فان عنده لاتأقيت فيه لان المقادير لاتعرف اجتهادا بل سماعا و لا سماع فيفوض الى رأى المبتلى به كما هو
اصله فى جنسها و اخبار اهل الخبرة ولان ذلك يختلف باختلاف طباعه (وعندهما) وهو رواية عن الامام (يثبت
التعلم فى ذى الناب بترك الاكل ثلاثا) لان تركه مرة يحمل على الشبع ومرتين على الترك بالشك واذا تركه ثلاثا يحمل
على ترك الانتهاب والاستلاب يقينا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلاغ الاعذار كما فى مدة الخيار (و) يثبت
(التعلم فى ذى مخلب بالاجابة اذا دعى بعد الارسال) وهو مأثور عن ابن عباس رضى الله عنهما ولان بدنه لايتحمل
الضرب للتعليم كما يتحمل الكلب ونحوه فاكتفى بغيره مما يدل على التعليم فان فى طبعه نفورا فيعرف زواله برجوعه بالدعاء
سواء كان الرجوع بطمع اللحم او لا وقيل لو كان يرجع بلا طمع فهو معلم والا فلا واما مثل الفهد مما يتحمل الضرب
فتعلمه بترك الاكل والاجابة جميعا لان فى طبعه الافتراس مع النفور (فلو اكل منه) اى من الصيد (البازى اكل) اى
يحل اكل الباقى من هذا الصيد لان تعلمه بالاجابة لابترك اكله بالاجماع الا عند الشافعى فى الجديد لايؤكل (لا) اى لا
يؤكل (ان اكل منه الكلب او الفهد) عندنا مطلقا سواء كان نادرا او معتادا وللشافعى قولان فيما اذا اكل نادرا ففى قول
يحرم وفى قول يحل و به قال مالك ولو اعتاد الاكل حرم ما ظهرت عادته فيه وهل يحرم ما اكل منه قبل الذى ظهرت به
عادته فيه وجهان والاصح ما قلنا لقوله عليه السلام اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله تع فكل مما امسكن
عليك الا ان يأكل الكلب فلا تأكل فانى اخاف ان يكون انما امسك على نفسه كما فى التبيين وغيره (فان اكل) ذو الناب
من الصيد (او ترك) ذو المخلب (الاجابة بعد الحكم بتعلمه حرم ما صاده بعده) اى بعد ترك الاكل ثلاث مرات على التوالى
او بعد ترك الاجابة (حتى يتعلم) على الخلاف الذى بيناه آنفا (وكذا ما صاد قبله) اى حرم ما صاده قبل اكله
وقبل ترك الاجابة لانه علامة الجهل فى الابتداء فظهر ان الحكم عليه بالتعلم خطاء (و بقى فى ملكه) بان كان محرزا
فى بيته عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما لايحرم الا الذى اكل منه لان تعلمه علم بالاجتهاد فلا ينتقض باجتهاد اخر
وان لم يبق فى ملكه بان يأكله او يتلفه لاتظهر الحرمة لانعدام المحلية وانما قلنا محرزا فى بيته لان ما ليس بمحرز بان كان
فى المفازة بعد تثبت فيه الحرمة اتفاقا (وان شرب الكلب من دمه) اى من الصيد ولم يؤكل من لحمه (او نهشه) اى
الكلب (فقطع منه) اى من الصيد (بضعة) اى قطعة من اللحم (فرماها) اى رمى الصائد تلك البضعة (واتبعه)
اى اتبع الكلب الصيد بعد النهش والقطع والرمى فاخذه وقتله ولم يأكل منه (اكل) وذلك لانه بالشرب

بدون الاكل امسك على صاحبه وسلمه اليه وكذا اذا قطع منه بضعة ولم يأكل الصيد لان الاول من غاية علمه حيث شرب مالايصلح لصاحبه وامسك عليه مايصلح له وكذا اذا لم يأكل واخذ مارماه يدل علمه بان غير مارماه مطلوب صاحبه وفى كل منهما سلم الصيد صاحبه وذا كاف فى تحقق علمه (وان) وصلية (اكل) الكلب (تلك البضعة بعد صيده) لان هذا ليس باكل من الصيد اذا لم يبق صيدا بعد تسليمه وقبض صاحبه (وكذا) يؤكل (او اكل ما اطعمه صاحبه من الصيد) لانه لم يبق صيدا كما اذا القى اليه طعاما غيره (اوا كل هو) اى الكلب (بنفسه منه) اى من الصيد بان خطف شيئا منه (بعد احراز صاحبه) لانه خرج عن كونه صيدا فى هذه الحالة (بخلاف ما لو اكل القطعة قبل اخذه الصيد) اى نهش الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لا يؤكل لما مر انه اكل فى حالة الاصطياد فتبين انه جاهل ممسك على نفسه (وان خنقه) اى خنق الكلب الصيد (ولم يجرحه لايؤكل) لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ماذكرناه وهذا يدلك على انه لايحل بالكسر وعن الامام انه اذا كسر عضوا فقتله لابأس باكله لانه جراحة باطنة فهى كالجراحة الظاهرة كما فى الهداية وفى الغاية الفتوى على ظاهر الرواية (وكذا ان شاركه كلب غير معلم اوكلب مجوسى اوكلب ترك مرسله التسمية عمدا) هذه المسئلة مستدركة لانها ذكرت بعينها انفا فلا فائدة فى ذكرها ثانيا الا ان يقال توطئة الى قوله (وان ارسل مسلم كلبه فزجره مجوسى فانزجر) والمراد بالزجر التهييج اى هيجه فهاج بان صاح عليه فازداد فى العد وكما فى التبيين (حل) اكل الصيد (وبالعكس) يعنى ان ارسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر (حرم) اكله الحاصل انه اذا اجتمع الارسال والاغراء فالعبرة للارسال لان الزجر دون الارسال لكونه بناء على الارسال فلا ينسخ به الارسال لان الشئ لايرتفع الا بمثله او بما فوقه كما فى نسخ الآى فلا يرتفع ارسال المسلم بزجر المجوسى ولا ارساله بزجر المسلم فبقى كل واحد منهما على ماكان عليه وفى الهداية وكل من لا تجوز ذكوته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا فى هذا بمنزلة المجوسى (وان لم يرسله) اى الكلب (احد فزجره مسلم اوغيره فالعبرة للزاجر) اى لو انبعث الكلب بنفسه على الصيد فزجره مسلم فانزجر واخذه حل اكله استحسانا والقياس ان لايحل لان الارسال ذكوة اضطرارية ولهذا شرط فيه التسمية فان لم يوجد لعدم الذكوة حقيقة وحكما وجه الاستحسان ان الزجر عند عدم الارسال بمنزلة الارسال لان انزجاره عقيب زجره دليل على طاعته (وان ارسله) اى الكلب (ولم يسم) وقت الارسال (عمدا ثم زجره فسمى فالعبرة لحال الارسال) يعنى لايؤكل فلا عبرة بالتسمية وقت الزجر (وان ارسله على صيد فاخذ) الكلب (غيره) اى غير الصيد (حل مادام على سنن ارساله) وقال مالك لايحل لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار ولنا ان الارسال شرط غير مقيد لان المقصود حصول الصيد اذ لايقدر على الوفاء به اذ لايمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره مادام لم يعدل عن سننه واو عدل عن الصيد يمنة و يسرة وتشاغل فى غير طلب الصيد وترك سننه واتبع الصيد فاخذه لم يؤكل لانه غير مرسل اليه (وكذا لو ارسله على صيود بتسمية واحدة فاخذ كلها حلت) الصيود كلها لان المقصود به حصول الصيد والذبح يقع بالارسال وهو فعل واحد فيكتفى فيه بتسمية واحدة بخلاف من ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية مذبوحة بفعل اخر فلا بد من تسمية اخرى (وان ارسل الفهد فكمن حتى استمكن ثم اخذ حل) لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال (وكذا الكلب اذا اعتاد ذلك) اى الكمون فيكون ح بمنزلة الفهد (ولو ارسله) اى الكلب (على صيد فقتله ثم اخذ اخر) فقتله (اكلا) جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع (كما لو رمى صيدا فاصاب اثنين) اى اصابه وغيره اكلا ولو قتل الاول فمكث عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد اخر لايؤكل الثانى لانقطاع الارسال اذا لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم (واذا رمى سهمه وسمى اكل ما اصاب ان جرحه) اى السهم لانه ذبح حكمى ولا حل بدون الذبح لماروى عن عدى بن حاتم قال قال رسول الله عليه السلام اذا رميت فسميت فخرقت فكل وان لم تخرق فلا تأكل (وان تركها) اى التسمية (عمدا حرم) اكله لاشتراط التسمية فى كل ذبح حقيقة او حكما بالنص (وان وقع السهم به) اى بصيد (فتحامل) اى تكلف فى المشى حاملا للسهم (وغاب) الصيد (ولم يقعد) الرامى (عن طلبه) اى الصيد (ثم وجده) اى الصيد (ميتا حل ان لم يكن به جراحة غير جراحة السهم) لقوله عليه السلام لابى ثعلبة اذا رميت سهمك وغاب ثلثة ايام فادركته فكل مالم ينتن رواه مسلم واما لو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لايحل لانه يظهر لموته سببان احدهما موجب لحله والاخر موجب لحرمته فيغلب الموجب للحرمة مع ان الموهوم فى مثل هذا كالمحقق بدليل قوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلته خلافا للشافعى (ولا يحل ان قعد عن طلبه ثم وجده ميتا) لان الاحتراز عن مثله ممكن فلا ضرورة اليه فيحرم وهو القياس فى الكل الا انا تركناه للضرورة فيما لا يمكن التحرز عنه وبقى على الاصل فيما يمكن وفى التبيين وجعل

قاضيخان فى فتاواه من شرط حل الصيد ان لايتوارى عن بصره ثم قال وهذا نص على ان الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه واليه اشار صاحب الهداية بقوله والذى رويناه حجة على مالك فى قوله ان ما توارى عنك اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لايحل وهذا يشير الى انه اذا توارى عنه لايحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عنه لم يؤكل فبنى الامر على الطلب وعدمه لا على التوارى وعدمه وعلى هذا اكثر كتب فقه اصحابنا ولو حمل ماذكره على ماقعد عن طلبه كان يستقيم ولم يناقض لكنه خلاف الظ انتهى لكن يمكن ان يقال ان كلام صاحب الهداية مبنى على ان مدار الحل وعدمه عدم التوارى وذكر الطلب فيما سبق لاعلام ان مجرد التوارى لايضر بل لابد مع هذا من ان يقعد عن طلبه حتى يتحقق كمال التوارى فانه اذا غاب المرمى ولم يقعد الرامى عن طلبه فوجده ميتا لايعد هذا توار يا وتمام ما اليه صاحب الهداية بقوله الا انا اسقطنا اعتباره اى اعتبار الموهوم مادام فى طلبه ضرورة ان لايعرى الاصطياد عنه وفى النهاية اى عن التغيب عن بصره فى الغياض والمشاجر والبرارى والطير بعد ما اصابه السهم يتحامل و يطير حتى يغيب عن بصره فيسقط اعتباره ضرورة اذا كان فى طلبه لان الطالب كالواجد ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه ولانه اذا قعد يكون التوارى بسبب عمله و يمكن الاحتراز عن ذلك التوارى بان يتبع اثره ولا يشتغل بعمل اخر (والحكم فيما جرحه الكلب) بالارسال (كالحكم فيما جرحه السهم) فى جميع ماذكر (وان رماه) اى الصيد (فوقع فى ماء فمات فيه) اى فى الماء (او) وقع (على سطح اوعلى جبل او شجر او حائط او اجرة ثم تردى منه) الى الارض (فمات حرم) اكله لانه متردية وهى حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمى اذ الماء مهلك قيل هذا اذا لم يقع الجرح مهلكا فى الحال اما اذا كان مهلكا فوقوعه فى الماء حيا لايضر لان الحيوة الباقية فيه كالحيوة فى المذبوح بعد الذبح فيؤكل وكذا السقوط من علو لاحتمال ان يكون من السقوط لامن الجرح هذا اذا لم يكن الجرح مهلكا فى الحال اما اذا كان مهلكا وبقى فيه من الحيوة بقدر ما فى المذبوح ثم تردى يحل كما فى النهاية (وكذا) يحرم (لو وقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او حرف) اى طرف (آجرة فجرح بها) لاحتمال ان احد هذه الاشياء قتله بحدة او بتردية وهو ممكن الاحتراز عنه (وان وقع على الارض ابتداء حل) لانه لايمكن الاحتراز عنه وفى اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما اذا امكن التحرز عنه لان اعتباره لا يؤدى الى الحرج فامكن ترجيح المحرم عند التعارض على ما هو الاصل فى الشرع كما فى التبيين (وكذا لو وقع على صخرة او اجرة فاستقر عليهما) وكذا لو وقع على جبل او ظهر بيت ولم يتردمنه (ولم ينجرح حل) لان وقوعه على هذه الاشياء وعلى الارض سواء وفى الهداية وذكر فى المنتقى او وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب اخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروى من قوله فاستقر عليها فى الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله اى رواية المنتقى شمس الائمة السرخسى على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروى فى الاصل على انه لم يصبه من الاجرة الا ما يصيبه من الارض او وقع عليه وذلك عفو كالوقوع على الارض وانشق بطنه وهذا اى ما فعله شمس الائمة اصح انتهى (وان وقع فى الماء فمات حرم) هذه المسئلة مستدركة لانها ذكرت بعينها آنفا فلا فائدة فى ذكرها ثانيا الا ان يقال ذكرها تمهيدا لقوله (وان كان الطير مائيا فوقع فيه) اى فى الماء (فان انغمس جرحه) بضم الجيم (فيه) اى فى الماء (حرم) لاحتمال الموت بالماء وبه قالت الائمة الثلاثة اذا كانت جراحة غير مهلكة اما اذا كانت مهلكة تحل عند الشافعى ومالك (والا) اى وان لم ينغمس جرحه فى الماء (حل) لتعين الموت بالرمى (ويحرم ما قتله المعراض) وهو اسم لسهم لاريش له يمر على عرضه فيصيب (بعرضه) لقوله عليه السلام فيه ما اصابه بحده فكل وما اصابه بعرضه فلا تأكل ولانه لابد له من الجرح ليتحقق معنى الذكوة كما فى الهداية (او البندقة) معطوف على المعراض اى يحرم ما قتلته البندقة وهى طينة مدورة يرمى بها لانه يدق ويكسر ولا يجرح فصار كالمعراض اذا لم يخرق (ولم يجرحه) قيد لهما (وان اصابه) اى اصاب الرامى الصيد (بحجر) اى بان رماه بحجر (وجرحه بحده) بكسر الحاء بمعنى الحدة كما فى شرح المجمع والظاهر انه بالفتح بمعنى طرفه (فان كان) الحجر (ثقيلا لايؤكل) لاحتمال انه قتله بثقله (وان كان خفيفا اكل) لتعين الموت بالجرح وان كان خفيفا وجعله اى الجرح طو يلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم يضع بضعا لاتحل لانه قتله دقا كما فى الهداية (وان لم يجرحه لايؤكل مطلقا) اى سواء كان ثقيلا وخفيفا لاشتراط الجرح (ولو رماه بسيف او سكين فاصاب ظهره) اى ظهر السيف والسكين (او مقبضه) اى مقبض السيف او السكين (فقتله لايؤكل) لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء والاصل فى هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح او بالثقل كان



حراما (احتياطا وشرط فى الجرح الادماء) لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار (وقيل لا يشترط) الادماء لاتيان ما فى وسعه وهو الجرح واخراج الدم ليس فى وسعه فلا يكون مكلفا به لان الدم قد يحتبس لغلظه او ضيق المنفذ بين العروق وكل ذلك ليس فى وسعه (وقيل ان) كان الجرح (كبيرا لا يشترط) الادماء (وان) كان (صغيرا يشترط) لان الكبير انما لا يخرج منه الدم لعدمه والصغير اضيق المخرج ظاهرا فيكون التقصير منه (وان اصاب السهم ظلفه) اى ظلف الصيد بكسر الظاء حافره (اوقرنه فان دماه حل) اكله (والا فلا) يحل وهذا يؤيد قول من يشترط خروج الدم واو ذبح شاة او غيرها فتحركت بعد الذبح وخرج منها دم مسفوح تؤكل ولو لم تتحرك ولم يخرج الدم لا تؤكل ولو لم تتحرك وخرج الدم المسفوح او تحرك ولم يخرج منها الدم اكلت وان علم حيوتها عند الذبح تؤكل وان لم يخرج الدم ولم تتحرك (ومن رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل) الصيد (دون العضو) اى يؤكل صيد قطع عضو منه بالرمى كاليد او الرجل لانه ذابح برميه ولا يؤكل عضوه المقطوع لقوله عليه السلام ما ابين من الحى فهو ميت قد ذكر عليه السلام الحى مطلقا فينصرف الى الحى الحقيق وعند الشافعى يؤكلان اذا مات الصيد فى الحال ولا يؤكل المبان منه لا المبان (وان قطعه) اى العضو (ولم يبنه فان احتمل التيامه) فمات (اكل العضو ايضا) اى كما يؤكل الصيد لانه بمنزلة سائر اجزائه (والا) اى وان لم يحتمل ولم يتوهم التيامه بعلاج ان بقى منه معلقا بجلد (فلا) يؤكل المبان لوجود الابانة معنى والعبرة للمعانى (وان قده) اى شق الصيد طولا وكذا عرضا كما فى القهستانى (نصفين او) قطعه (اثلاثا والاكثر من جانب العجز اكل الكل) اى يؤكل المبان والمبان منه جميعا اذ لا يمكن بقاء الحيوة بعد هذا الجرح فلا يتناول الحديث بخلاف ما اذا كان الثلثان فى طرف الرأس والثلث فى طرف العجز اذ يؤكل المبان منه لا المبان لامكان الحيوة فى الثلثين فوق حيوة المذبوح بخلاف ما اذا قطع اقل من نصف الرأس اذ يؤكل المبان منه لا المبان لامكان الحيوة المذكورة (وكذا) اكل الكل (لو قطع نصف رأسه او اكثر) للعلة المذكورة (واذا ادرك الصيد حيا حيوة فوق حيوة المذبوح فلا بد من ذكوته) لانه قدر على الاصل وهو ذكوة حقيقة قبل حصول المقصود بالبدل وهو ذكوة الاضطرارية اذ المقصود هو الاباحة بالذكوة الاضطرارية ولم يثبت قبل موت الصيد فبطل حكم البدل (فان تركها) اى الذكوة (متمكنا) اى قادرا (منها) اى من الذكوة (حرم) لما بيناه آنفا (وكذا) يحرم (و) تركها (غير متمكن منها) اما لفقد الآلة او ضيق الوقت ومعه آلة الذبح وفيه من الحيوة فوق ما يكون فى المذبوح (فى ظاهر الرواية) لان ذكوة الاضطرار انما تعتبر اذا لم يقع فى يده حيا وهذا وقع فى يده فيسقط اعتبار ذكوة الاضطرار فيه وعن الشيخين وهو قول الشافعى انه يحل اذا كان فيه من الحيوة اكثر مما فى المذبوح بعد الذبح (وان لم يبق من حيوته الا مثل حيوة المذبوح) وهو ما لا يتوهم بقاؤه بعد هذا كما اذا شق بطنه واخرج ما فيه (فلم يدركه حيا فيحل) ولا تلزم تذكيته لان ما بقى اضطراب المذبوح وفيه اشارة الى انه او مات قبل وصول الذابح او مع وصوله او بعد وصوله بلا فصل اكل وبه أخذ كما فى القهستانى نقلا عن النظم (وقيل عند الامام لا بد من تذكيته ايضا) اى كما يكون فيه حيوة فوق ما يكون فى المذبوح لانه وقع فى يده حيا فلا يحل الا بذكوة الاختيارى (فان ذكاه حل) اجماعا (وكذا ان ذكى المتردية) اى التى سقطت من العلو (والنطيحة) اى التى ماتت من النطح وهو ضرب الكبش بالقرن (والموقوذة) اى التى قتلت بالخشب (وما بقر) اى شق (الذئب بطنها وفيه) اى كل واحد من هذه الاربعة (حيوة خفية) اى دون حيوة المذبوح (او جلية) اى فوق حيوة المذبوح وقيل الخفية بان لم يتحرك ولكن يتنفس بالحيوة والجلية بان يتحرك (حل) اى يحل اكل هذه الاربعة اذا ذكيت (وعليه الفتوى) لقوله تع وما اكل السبع الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير تفصيل فيتناول كل حى مطلقا لان المقصود تسييل الدم النجس بفعل الذكوة وقد حصل (وعند ابى يوسف ان كان) احد هذه الاربعة بحيث (لا يعيش مثله لا يحل) بالتذكية لانه لم يكن موته بالذبح اى مضافا الى الذبح وبه قالت الائمة الثلاثة (وعند محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح حل والا) اى وان لم يكن يعيش فوق ما يعيش المذبوح بل كان يعيش مقدار ما يعيش المذبوح (فلا) يحل بالتذكية لان قدر حيوة المذبوح غير معتبر (ومن رمى صيدا فاثخنه) اى جعله ضعيفا (واخرجه عن حيز الامتناع) اى صيره الى حال لا ينجو من يد الصائد ولكن يرجى حيوته (ثم رماه آخر فقتله حرم) اكله لاحتمال الموت بالثانى وهو ليس بذكوة للقدرة على ذكوة الاختيار (وضمن) الثانى (قيمته) اى قيمة الصيد (مجروحا للاول) يعنى الاول ملك الصيد باثخانه والثانى برميه اتلف ملكه فيضمن قيمته معيبا بالجراحة وفى التبيين تفصيل فليطالع وقيدنا بقولنا يرجى حيوته لانه او لم يرج حيوته بان قطع بالرمى الاول رأسه او بقر بطنه او نحوهما يحل أكله لان الموت مضاف الى الاول لا الى الثانى كما فى شرح المجمع (وان لم يثخنه الاول) ورماه الثانى فقتله (حل) اكله لانه حين رمى الثانى كان صيدا لقدرته على الامتناع (وهو)

اى

اى الصيد (للثانى) لانه هو الذى اخذه واخرجه عن حيز الامتناع وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذ وفى التبيين ولو رمياه معا فاصابه احدهما قبل الاخر واثخنه ثم اصابه الاخر او رماه احدهما ولا ثم رماه الثانى قبل ان يصيبه الاول او بعد ما اصابه قبل ان يثخنه فاصابه الاول واثخنه او اثخنه ثم اصابه الثانى فقتله فهو للاول ويؤكل وقال زفر لا يحل اكله ولو رمياه معا واصاباه معا فمات منهما فهو بينهما لاستوائهما فى السبب والبازى والكلب فى هذا كالسهم حتى يملكه باثخانه ولا يعتبر امساكه بدون الاثخان وتمامه فيه ان شئت فليراجع (ومن ارسل كلبا على صيد فادركه فضربه فصرعه) اى طرحه على الارض (ثم ضربه فقتله اكل وكذا) يؤكل لو ارسل كلبين فصرعه أحدهما وقتله اخر) لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ما لم يكن ارسال احدهما بعد ما اثخنه الاول (ولو ارسل رجلان كل منهما كلبه فصرعه احدهما وقتله الاخر حل) اكله اذا كان ارسال الثانى قبل ان يثخنه الاول لما بينا (وهو) اى الصيد (للاول) ان كان اثخنه قبل ان يجرحه الثانى لانه اخرجه عن حد الصيدية فملكه به ولا يحرم بجرح الثانى بعد ما اثخنه الاول لان ارسال الثانى حصل الى الصيد لكونه قبل ان يثخنه لان المعتبر فى الحل والحرمة حالة الارسال لقدرته على الامتناع ولا يعتبر بعده لعدم قدرته عليه وعن هذا قال (ولو ارسل الثانى بعد صرع الاول حرم) لما بينا ان الارسال اذا كان بعد الخروج عن الصيدية لم يكن موته ذكوة للقدرة على ذكوة الاختيار (وضمن) الثانى للاول (كما فى الرمى) لتلف الصيد المملوك للاول بارسال الثانى (ومن سمع حسا) اى صوتا خفيفا (فظنه انسانا فرماه او ارسل عليه كلبه فاذا هو صيد فقتله اكل) لانه لا معتبر بظنه مع تعينه صيدا كما فى الهداية وذكر فى المنتقى اذا سمع حسا بالليل فظن انه انسان او دابة رماه فاذا ذلك المرمى صيد واصابه او اصاب صيدا آخر وقتله لا يؤكل لانه رماه وهو لا يريد الصيد ثم قال ولا يحل صيد الا بوجهين ان يرميه وهو يريد الصيد وان يكون مرميه صيدا سواء كان مما يؤكل اولا وهذا اوجه لان فرمى الى الادمى ونحوه بقصده لا يعد صيدا فلا يمكن اعتباره ولو اصاب صيدا وقد قال فى الهداية وان تبين انه حس آدمى لا يحل المصاب وحمل قولاه المختلفان على الروايتين عن ابى يوسف وتمامه فى التبيين فليطالع

(* كتاب الرهن *) وجه المناسبة بين كتاب الرهن وكتاب الصيد ان كل واحد منهما سبب لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الداين والمديون وهو مشروع بقوله تع فرهان مقبوضة وبما روى انه عليه السلام اشترى من يهودى طعاما ورهنه بها درعه وقد انعقد الاجماع على ذلك لانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب وهى الكفالة كما فى الهداية (هو) اى الرهن لغة الحبس مطلقا قال الله تع كل نفس بما كسبت رهينة اى محبوسة بجزاء عملها ويقال قلب المحب رهن عند حبيبه وقيل هو جعل الشئ محبوسا اى شئ كان باى سبب كان وقد يطلق الرهن على المرهون تسمية للمفعول بالمصدر وح يجمع على رهان ورهون ورهن وشرعا (حبس شئ بحق يمكن استيفاؤه) اى استيفاء الحق (منه) اى من ذلك الشئ (كالدين) اى مثل ما وجب فى الذمة حتى اذا ارتهن بما لا يمكن استيفاؤه من الرهن كان الرهن باطلا كالرهن بالقصاص والحدود والمراد بالشئ هنا المال ولذا قال البعض هو حبس المال بحق كما قيل هو حبس العين بالدين فصار ذلك خروجا من العموم الى الخصوص ويراد بالحق هنا ما يعم الدين الواجب حقيقة وهو ظ كالديون فى الذمة او حكما كالاعيان المضمونة بنفسها مثل المغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد لان الموجب الاصلى فى هذا الاعيان المثل والقيمة ومآلهما الى الدين ولهذا تصح الكفالة به والابراء عن قيمته هذا عند الجمهور ويدل على هذا عبارة الضمان فرد العين وجودها خلاص عن الدين بخلاف العين الغير المضمونة كالودايع والعوارى وبخلاف المضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البايع وفى الاصلاح وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق لا حبس الشئ بحق لان الحابس هو المرتهن لا الراهن بخلاف الجاعل اياه محبوسا انتهى وفيه كلام لانه لا يرد ذلك لان اللازم فى الرهن الشرعى كونه مقبولا ومحبوسا عند المرتهن او العدل اذ مجرد جعل الراهن الشئ محبوسا لا يفيد بدون مطاوعة المرتهن لانه آخذ الحق منه تدبر (وينعقد) الرهن (بايجاب) من الراهن بان قال رهنتك هذا المال بدين لك على وقبول من المرتهن كما فى سائر العقود حال كون ذلك العقد غير لازم لزوما شرعيا (ويتم بالقبض) اختلف العلماء فى القبول قال بعضهم انه شرط وظ ما ذكر فى المحيط يشير الى انه ركن وقال بعضهم الايجاب ركن والقبول شرط اما القبض فشرط اللزوم وفى الذخيرة قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا فقد اشار الى ان القبض شرط الجواز وقال شيخ الاسلام شرط اللزوم وبه قال اكثر العلماء والاول اصح كما فى الهداية وفى الكنز ولزم بايجاب وقبول ويتم بقبضه انتهى وهو مذهب مالك وفى التبيين وهذا سهو فان الرهن لا يلزم بالايجاب والقبول لانه تبرع كالهبة والصدقة ولكنه ينعقد بهما فيلزم به

انتهى لكن يمكن الجواب بان المراد باللزوم هو الانعقاد يدل عليه قوله ويتم بقبضه فانه لواراد ماهو الظاهر منه لماقال انه يتم به اذاللازم لايحتاج فى تمامه الى شئ اخرتدبر (محوزا) اى يتم بالقبض حال كونه مجموعا احتراز عن رهن الثمر على الشجر ورهن الزرع فى الارض لان المرتهن (لم يحزه) اى لم يجمعه ولم يضبطه حال كونه (مفرغا) عن ملك الراهن وهواحتراز عن عكسه وهورهن الشجر دون الثمر ورهن الارض دون الزرع ورهن دارفيها متاع الراهن حال كونه (مميزا) عن اتصاله بغيره اتصال خلقة وهواحتراز عن رهن المشاع كرهن نصف العبد اوالدار وفى الدرر وهذه المعانى هى المناسبة الالفاظ لاماقيل ان الاول احترازعن رهن المشاع والثانى عن المشغول والثالث عن رهن ثمر على الشجر دون الشجر كمالايخفى على اهل النظرتدبر (والتخلية) هى ان يخلى بين الرهن والمرتهن (فيه) اى فى الرهن (وفى البيع قبض) اى فى حكم قبض المرتهن وبه قال الشافعى ومالك حتى اذا وجدت من الراهن بحضرة المرتهن ولم يأخذه فضاع ضمن المرتهن كما ان التخلية فى المبيع قبض كذلك هذا فى ظاهر الروايه لان الراهن يقدر على التخلية دون القبض الحقيقى لكونه فعل الغير فلا يكلف به ولذا قيل التخلية تسليم الاان ذكر القبض هنا ابلغ وانسب من التسليم لان القبض كان منصوصا فيه فصار مخصوصا به كما فى الهبة والصدقة وعن ابى يوسف ان القبض لايثبت بها فى المنقول الابالنقل كما فى الغصب لان القبض هوموجب للضمان قبل القياس على البيع المشروع اولى من القياس على الغصب الممنوع وفى المنح فان قلت ينبغى ان لاتكفى التخلية فى قبض الرهن اذ القبض منصوص عليه فى الرهن بخلاف البيع وقداستدل المشايخ على شرطية القبض فى الرهن بقوله تع فرهان مقبوضة فانه امر بالرهن لان المصدرمتى قرن بالفاء فى محل الجزاء يراد به الامركما وقع فى كثيرمن القرأن والاصل ان المنصوص يراعى وجوده على اكمل الجهات قلت اجيب عنه بان المنصوص انمايراعى وجوده على اكمل الجهات اذانص عليه بالاستقلال واما اذا ذكر تبعا للمنصوص فلايجب ان يراعى وجوده كماذكر فان التراضى فى البيع منصوص عليه بقوله تع الاان تكون تجارة عن تراض فلوصح ماقال المعترض لبطل بيع المكره ولم يفسد وليس كذلك انتهى لكن لانم هذه الملازمة بل اللازم من صحة ماقال المعترض هوثبوت صحة البيع بالرضاء فى الجملة على قياس التخلية فى الرهن فانها قبض فى الجملة كما فى البيع والهبة تدبر (وللراهن ان يرجع عنه) اى عن الرهن (قبل القبض) لكونه غيرتام وغيرلازم قبل القبض (فاذاقبض لزم الرهن) لماقرناه انفا فلارجوع بعده (وهو) اى الرهن (مضمون بالاقل من قيمته) اى الرهن (ومن الدين) اذاهلك والاقل اسم تفضيل استعمل باللام وكلمة من ليست تفضيلية بل بيانية والمعنى بالاقل الذى هومن هذين المذكورين ايهما كان وقال الشافعى الرهن كله امانة فى يد المرتهن فلايسقط شئ من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لايغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه اى للراهن الزوائد وعليه غرمه اى لوهلك كان الهلاك على الراهن قال معناه لايصير مضمونا بالدين ولناقوله عليه السلام للمرتهن بعد مانفق فرس الرهن عنده ذهب حقك قوله عليه السلام اذا عمى الرهن فهو بما فيه معناه على ماقالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ماهلك الرهن واجماع الصحابة والتابعين رضى الله تع عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم فى كيفيته والقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لايغلق الرهن على ماقالوا الاحتباس الكلى بان يصير مملوكا كذاذكره الكرخى عن السلف وعن النخعى فى رجل دفع الى رجل رهنا واخذ درهمافقال ان جئتك بحقك الى كذا وكذا والافالرهن لك فقال ابراهيم لايغلق الرهن فجعله جوابا للمسئلة وتمام تحقيقه فى شرح الهداية وغيرها تتبع (فلوهلك) كل الرهن فى يد المرتهن (وهما) اى الرهن والدين (سواء) اى متساويان فى المقدار (صار المرتهن مستوفيالدينه) حكما فلا يطلب المرتهن من الراهن ولاالراهن من المرتهن شيئا (وان كانت قيمته) اى الرهن (اكثر) من الدين (فالزائد امانة) فى يد المرتهن لماروى عن على رضى الله تع عنه انه قال المرتهن امين فى الفضل ولان المضمون يقع بقدر مايقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين فلا يدخل الفضل فى ضمانه خلافا لز فراذ عنده مضمون بقيمة الهلاك لابالاقل منهما فيدخل الفضل فى ضمانه بالهلاك لان الفضل عن الدين مرهون لكونه محبوسا به فيكون مضمونا (وان كان الدين اكثر) من قيمة الرهن (سقط منه) اى من الدين (قدر القيمة) اى قيمة الرهن (وطولب الراهن بالباقى) من الدين مثلا اذا كان الدين مائة درهم والرهن ايضا يساوى مائة درهم فهلك من غيرتعد صار المرتهن مستوفيا دينه حكما ولايبقى له مطالبة على الراهن فان كان الرهن يساوى مائة وخمسين درهما مثلا فالخمسون امانة فى يده فلايضمنها الابالتعدى وان كان الرهن يساوى تسعين يصير المرتهن مستوفيا من دينه تسعين درهما ويرجع على الراهن بعشرة دراهم (وتعتبر قيمته) اى قيمة الرهن (يوم قبضه) وفى المنح نقلا عن الخلاصة وحكم الرهن انه لوهلك فى يد المرتهن اوالعدل ينظر الى قيمته يوم القبض والى الدين فان كانت قيمته مثل الدين سقط الدين بهلاكه الى اخرماقاله وفى التبيين ان ضمان

الرهن على المرتهن يخالف ضمان الاجنبى فانه تعتبر قيمته يوم القبض بخلاف مالواتلفه اجنبى فان المرتهن يضمنه قيمته ويكون رهنا عنده والواجب هنا فى المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه ثم بحث وقال وان نقصت القيمة بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ماانتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض لابتراجع السعر انتهى اذا تقرر هذا ظهر لك ان ماذكره صاحب الفوائد من قوله المعتبر قيمة الرهن يوم الهلاك لقولهم ان يده امانة فيه الى اخر ماقاله مخالف لصريح المنقول انتهى وفى التنوير المقبوض على سوم الرهن اذا لم يبين المقدار اى مقدار ما يريد اخذه من الدين ليس بمضمون من الدين فى الاصح (ويهلك) الرهن (على ملك الراهن فكفنه) اى كفن العبد الرهن اوالامة المرهونة (عليه) اى على الرهن لانه ملكه حقيقة وهوامانة فى يد المرتهن حتى اذا اشتراه لاينوب قبض الرهن عن قبض الشراء لانه قبض امانة فلاينوب عن قبض الضمان واذا كان ملكه فمات كان عليه كفنه (وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه) لان هلاك الرهن لايسقط طلب الدين (ويحبسه به) اى يحبس المرتهن الراهن بدينه (وان) وصلية (كان الرهن عنده) لان حقه باق بعد الرهن والحبس جزاء الظلم فاذاظهر مطله عند القاضى يحبسه دفعا للظلم وهو المماطلة (وله) اى للمرتهن (ان يحبس الرهن بعد فسخ عقده) اى عقد الرهن (حتى يقبض دينه الاوقت ان يبرئه) اى المرتهن عن الدين لان الرهن لايبطل بمجرد الفسخ بل برده على الراهن بطريق الفسخ فانه يبقى مابقى القبض والدين (وليس عليه) اى على المرتهن (ان كان الرهن فى يده) اى المرتهن (ان يمكن الراهن من بيعه) اى من بيع الرهن (للا يفاء) يعنى لواراد الراهن ان يبيع الرهن ليقضى الدين بثمنه لايجب على المرتهن ان يمكنه من البيع لان حكم الرهن الحبس الدائم الى ان يقضى الدين فكيف يصح القضاء من ثمنه (وليس للمرتهن الانتفاع بالرهن) باستخدام ولابسكنى ولابلبس الاباذن المالك لان حق المرتهن الحبس الى ان يستوفى دينه دون الانتفاع (ولااجارته ولااعارته) اى ليس للمرتهن الانتفاع باجارة او باعارة اذالم يكن له الانتفاع بنفسه فلايكون مالكا لتسليط الغير عليه الاباذن الراهن وفى المنح وعن عبدالله بن محمد بن مسلم السمرقندى وكان من كبار علماء سمرقند ان من ارتهن شيئا لايحل له ان ينتفع بشئ منه بوجه من الوجوه وان اذن الراهن لانه اذن له فى الربالانه يستوفى دينه كاملا فتبقى له المنفعة التى استوفى فضلا فيكون ربوا وهذاامر عظيم كذارأيت منقولا بهذا اللفظ وعزاه الى الجامع لمجد الائمة السرخسى قلت وهو مخالف لكلام عامة المعتبرات ففى الخانية رجل رهن شاة واباح المرتهن ان يشرب لبنها كان للمرتهن ان يشرب ويأكل ولايكون ضامنا وفى الفوائد الزينية اباح الراهن للمرتهن اكل الثمار فاكلها لم يضمن ثم قال يكره للمرتهن الانتفاع بالرهن باذن الراهن وان اذن له فى السكنى فلارجوع بالاجرة انتهى فليحمل ماتقدم على الديانة ومافى سائر المعتبرات على الحكم (ويصير بذلك) اى يصير المرتهن بالانتفاع قبل الاذن (متعديا) اذهو غيرمأمور به من جهة المالك (ولايبطل به) اى بالتعدى (الرهن) لبقاء العقد قبل استيفاء الدين (واذاطلب) المرتهن دينه (امر باحضار الرهن) اولا ان لم يكن للرهن مؤنة حمل بقرينة الاتى ليعلم انه باق ولان قبضه قبض استيفاء فلاوجه لقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لان هلاكه يحتمل فاذاهلك فى يد المرتهن تكرر الاستيفاء (فاذا احضره) اى المرتهن الرهن (امر الراهن بتسليم كل دينه اولا) ليتعين حق المرتهن فى الدين كما يعين حق الراهن فى الرهن الحاضر تحقيقا للتسوية بينهما ثم امر المرتهن بتسليم الرهن كما امر البايع بتسليم المبيع بعد تسليم المشترى الثمن (وكذا) اى وكذا الحكم فيه مثل الحكم فيما تقدم لوطالبه المرتهن (بالدين فى غير بلد العقد) اى عقد الرهن (ولم يكن للرهن حمل ومؤنة) فان الاماكن فى حق التسليم كمكان واحد فيماليس لحمله مؤنة (فان كان له) اى للرهن (حمل ومؤنة فله) اى للمرتهن (ان يستوفى دينه بلا تكليف احضار الرهن) لان الواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لاالنقل من مكان الى مكان وللراهن ان يحلف المرتهن بالله ما هلك (وكذا) اى للمرتهن ان يستوفى دينه من الراهن (ان كان الرهن وضع عند عدل) بامر الراهن (ولايكلف باحضاره) لكونه فى يد الغير بامر الراهن ولايكلف ايضا المرتهن (باحضار ثمن رهن باعه) اى الرهن المرتهن (بامر الراهن حتى يقبضه) اى الثمن من المشترى لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولوقبضه يكلف احضاره لقيام البدل (ولا) يكلف ايضا (ان قضى بعض حقه بتسليم حصته حتى يقبض الباقى) من الدين لان له ان يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية كما فى حبس المبيع (وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله) واجيره مشاهرة اومسانهة لان العبرة بالمساكنة لابالنفقة حتى ان الزوجة لودفعت الرهن الى الزوج لايضمن ان هلك مع ان الزوج ليس فى نفقتها (فان حفظه) اى المرتهن الرهن (بغيرهم) اى بغير المذكورين اواودعه) المرتهن عند آخر فهلك (ضمن) المرتهن (كل قيمته) لان المالك ما اذن له فى ذلك فيضمن جميع قيمته كالمغصوب

لكونه متعديا وهل يضمن المودع الثانى فهو على الخلاف الذى بيناه فى مودع المودع ثم ان قضى بقيمة الرهن فيما
اذا تعدى المرتهن عليه من جنس الدين يتقاصا بمجرد القضاء بالقيمة اذا كان الدين حالا وطالب المرتهن الراهن
بالفضل ان كان هناك فضل وان كان الدين مؤجلا يضمن قيمة الرهن وتكون القيمة رهنا عند المرتهن فاذا حل
الاجل اخذه المرتهن بدينه وان قضى بالقيمة من خلاف جنسه كان الضمان رهنا عنده الى قضاء دينه لانه بدل الرهن
فاخذ حكمه (وكذا) يضمن جميع قيمته (ان تعدى فيه) اى فى الرهن صريحا كما فى الغصب لان الزيادة على مقدار
الدين امانة والامانات تضمن بالاتلاف (اوجعل الخاتم) الرهن (فى خنصره) فهلك يضمن جميع قيمته لانه استعمال
(فان جعله) اى الخاتم والظاهر بالواو لا بالفاء (فى اصبع غيرها) اى غير الخنصر (فلا) يضمن لان ذلك يعد حفظا
فظهور التعدى فى الاول دون الثانى مبنى على العادة ولو رهنه خاتمين فلبس خاتما فوق خاتم فان كان ممن يتجمل
بلبس خاتمين ضمن والا كان حافظا فلا يضمن وكذا يضمن بتقلد سيفى الرهن لانه ايضا استعمال لا الثلاثة فانه حفظ
فان الشجعان يتقلدون فى العادة بسيفين لا الثلاثة (وعليه) اى على المرتهن (مؤنة حفظه) اى الرهن اى ما يحتاج فى
حفظ نفس الراهن (و) مؤنة (رده) اى رد الرهن (الى يده) اى الى يد المرتهن ان خرج من يده كجعل الآبق ان كان قيمة
الرهن مثل الدين وان كانت اقل منه فالمؤنة عليه ايضا بطريق الاولى ولذا لم يتعرض له (و) كذا (رد جزئه) الى
يد المرتهن بان تبيض عين الرهن او يحدث به مرض آخر فداواته على المرتهن لان الامساك حق له واجب عليه فتكون
المؤنة عليه (كاجرة بيت حفظه و) اجرة (حافظه) وفى الهداية هذا فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف ان كراء
المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى فى تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج
الى اعادة يد الاستيفاء التى كانت له ليرده وكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء
وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة فى يده والرد لاعادة اليد
ويده فى الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذى ذكرناه فان
كلها يجب على المرتهن وان كان فى قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك اى اجرة البيت بسبب الحبس وحق
الحبس فى الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون وعن هذا قال (واما جعل الآبق
والمداواة) اى مداواة القروح ومعالجة الامراض (والفداء من الجناية فنقسم على المضمون والامانة) يعنى ما كان
من حصة المضمون فعلى المرتهن وما كان من حصة الامانة فعلى الراهن اذا تقرر عندك ما نقلنا من الهداية لا يخفى
عليك ما فى المتن من الاختلال ولو قال عليه مؤنة حفظه كاجرة بيت حفظ وحافظ وان كان فى قيمة الرهن فضل
وعليه مؤنة رده الى يده او رد جزئه اذا كانت قيمته والدين سواء واما اذا كانت اكثر منه اى الدين فنقسم على المضمون
والامانة كالفداء من الجناية كما فى اكثر المعتبرات لكان اسلم تدبر (ومؤنة تبقيه) اى جعل الرهن باقيا (و) مؤنة
(اصلاحه) اى اصلاح منفعته (على الراهن كالنفقة) من مأكله ومشربه (والكسوة واجرة الراعى واجرة ظئر
ولد الرهن) هذه امثلة مؤنة التبقية (وسقى البستان وتلقيح نخله) اى نخل البستان (وجذاذه) اى التمر من النخل
(والقيام بمصالحه) كاصلاح جداره وقلع الحشيش المضر وغيرهما هذه امثلة المؤنة لاصلاح منافعه الاصل فيه
ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل اولا لان العين باقية
على ملكه وكذا منافعه مملوكة له اصلا وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما فى الوديعة (وما اداه احدهما) اى الراهن
والمرتهن (مما وجب على صاحبه بلا امر) اى بغير امر القاضى (فهو تبرع) فيما اداه كما اذا قضى دين غيره بغير امره (و) ما
اداه مما وجب على صاحبه (بامر القاضى يرجع) المؤدى (به) اى بما اداه وقيده صاحب المنح فى متنه بقوله ويجعله دينا
على الاخر وقال وح يرجع عليه وبمجرد امر القاضى من غير تصريح بجعله دينا عليه لا يرجع كما فى التبيين نقلا عن
المحيط وفى النهاية نقلا عن الذخيرة فعلى هذا لو قيده المص كما فى التنوير لكان اولى تدبر (وعن الامام انه لا يرجع به
ايضا) اى كما لا يرجع به اذا اداه بلا امر صاحبه (ان كان صاحبه حاضرا) وان كان بامر القاضى لانه يمكنه ان يرجع
الامر الى القاضى فيأمر صاحبه بذلك وقال ابو يوسف يرجع فى الوجهين وهى فرع مسئلة الحجر لان القاضى لا يلى
الحاضر ولا ينفذ امره عليه فلو نفذ امره عليه لصار محجورا عليه ولا يملك الحجر عنده وعند ابى يوسف
يملك فينفذ امره عليه كما فى التبيين قال صاحب المنح لو قال الراهن الرهن غير هذا وقال المرتهن بل هذا هو الذى
رهنته عندى فالقول للمرتهن لانه هو القابض والقول للقابض بخلاف ما اذا ادعى المرتهن رده على الراهن حيث
لا يقبل قوله لان ذلك شان الامانات الغير المضمونة والرهن مضمون على المرتهن وفى التاتارخانية ويصدق المرتهن
فى دعوى الهلاك ولا يصدق فى دعوى الرد وفى شرح المجمع اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن ولم يقم البينة عليه

ضمنه عندنا سواء كان الرهن من الاموال الظاهرة او الباطنة خلافا لمالك فى الباطنة وفى البزازية زعم الراهن هلاكه
عند المرتهن وسقوط الدين وزعم المرتهن انه رده اليه بعد القبض وهلك فى يد الراهن فالقول للراهن فان برهنا
فللراهن ايضا ويسقط الرهن لاثباته الزيادة وان زعم المرتهن انه هلك فى يد الراهن قبل قبضه فالقول للمرتهن
وان برهنا فللراهن لاثباته الضمان اذن للمرتهن فى الانتفاع بالرهن ثم هلك الرهن فقال الراهن هلك بعد ترك الانتفاع
وعوده للرهن وقال المرتهن هلك حال الانتفاع فالقول للمرتهن فلا يصدق الراهن فى العود الابجحة رهن عبدا
يساوى الفا بالف فوكل المرتهن بالبيع فقال المرتهن بعته بنصفها وقال الراهن لا بل مات عندك يحلف الراهن
بالله ما يعلم انه باعه ولا يحلف بالله ما مات عنده فاذا حلف سقط الدين الا ان يبرهن على البيع اذن الراهن للمرتهن
فى لبس ثوب مرهون يوما فجاء به المرتهن متخرقا وقال تخرق فى لبس ذلك اليوم وقال الراهن ما لبسته فى ذلك اليوم
ولا تخرق به فالقول للراهن وان اقر الراهن باللبس فيه ولكن قال تخرق قبل اللبس وبعده فالقول للمرتهن ويجوز
للمرتهن السفر بالرهن اذا كان الطريق آمنا وان كان له حمل ومؤنة عند الامام كالوديعة وعند محمد ليس له ان يسافر
بالرهن والوديعة ايضا اذا كان له حمل ومؤنة وتمامه فى المنح فليراجع * باب ما يجوز ارتهانه والرهن به وما لا يجوز
لما ذكر مقدمات الرهن شرع فى تفصيل ما يجوز رهنه وما لا يجوز اذ التفصيل بعد الاجمال (لا يصح رهن المشاع وان
وصلية كان المشاع (مما لا يحتمل القسمة) بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة (او) كان (من الشريك) هذا
عندنا لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن ويد الاستيفاء فى الجزء الشايع لا يثبت لان شرط الصحة هو التميز
ولم يتحقق وقال الشافعى يجوز فيما يصح فيه البيع وهو قول مالك واحمد لان موجب الرهن استحقاق البيع فى الدين
والمشاع يجوز بيعه فيجوز رهنه كالمقسوم (ولو طرأ) الشيوع بعد الارتهان (فسد) عند الطرفين وقيل انه بطل
لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن القابل به مضمونا وما نحن فيه ليس
كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه وصورة الشيوع الطارى ان يرهن الجميع ثم تفاسخا
فى البعض واذن الراهن للعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وانه يمنع بقاء الرهن فى رواية الاصل وهو
الصحيح كما فى المنح (خلافا لابى يوسف) لانه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من الابتداء فاشبه الهبة وانما فسد لان
هذا الشيوع راجع الى محل الرهن وما يرجع الى المحل فالبقاء كالابتداء وقد قالوا باستثناء الهبة من هذا الاصل
لانها لا تحتاج الى القبض الا عند العقد بخلاف الرهن فان حكمه دوام القبض فعلى هذا اندفع ما قاله ابو المكارم
من ان وجهه على ما فى الهداية وغيرها ان الكلام فى محل الرهن فالبقاء والابتداء فيه سواء كالمحرمية فى النكاح
ولا يخفى انه منقوض بالهبة فان الشيوع فيها مانع ابتداء لا بقاء فالوجه الاليق بالمقام هو بيان الفرق بين الرهن
والهبة انتهى تدبر واعلم ان ما قبل البيع قبل الرهن الا فى اربعة بيع المشاع جائز لا رهنه بيع المشغول جائز لا رهنه
بيع المتصل بغيره جائز لا رهنه بيع المعلق عتقه بشرط قبل وجوده فى غير الدين جائز لا رهنه كما فى شرح الاقطع
(ولا) يصح (رهن الثمر على الشجر بدون الشجر ولا) يصح رهن (الزرع فى الارض بدونها) اى بدون الارض لما مر
ان القبض شرط فى الرهن ولا يمكن قبض المتصل بغيره وحده فصار فى معنى المشاع (ولا) يصح رهن (الشجر او
الارض مشغولين بالثمر والزرع دون الثمر والزرع) لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا
بما ليس برهن لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن الامام ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر
اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار بدون البناء لان البناء اسم للمبنى فيصير
راهنا جميع الارض وهى مشغولة بملك الراهن كما فى الهداية (ولو رهن الشجر بمواضعها) جاز لانه رهن الارض
بما فيها من الشجر وذلك جائز ومجاورة ما ليس برهن لا يمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل فى الرهن لانه تابع لاتصاله به
فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز فلا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف
المتاع فى الدار حيث لا يدخل فى رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة
فى رهن الارض ولا يدخل فى البيع ويدخل البناء والغرس فى رهن الارض اى لو قال رهنتك هذه الدار او هذه
القرية واطلق القول ولم يخص شيئا دخل البناء والغرس (او) رهن (الدار بما فيها) اى الدار (جاز)
وفى الهداية ولو استحق بعضه ان كان الباقى يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقى رهنا بحصته والا بطل كله
لان الرهن جعل كانه ما ورد الا على الباقى ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه فى الدار المرهونة وكذا متاعه فى الوعاء
المرهونة ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل
دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا فى دار او وعاء دون الدار

اوالوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة اولجاما فى رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر (ولا يجوز رهن الحر والمدبر وام الولد والمكاتب) لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء من هؤلاء متعذر لاستحقاقهم الحرية فصاروا كالحر (ولا) يجوز الرهن (بامانات) كالوديعة والعارية والمضاربة ومال الشركة لانها ليست بمضمونة (ولا) يجوز الرهن (بالدرك) صورته باع وسلمه الى المشترى فخاف المشترى من الاستحقاق فاخذ الثمن رهنا فهذا الرهن بط والكفالة به جائزة والفرق انه شرع للاستيفاء ولا استيفاء الا فى الواجب فلا يحتمل الاضافة والتعليق واما الكفالة فهى التزام بغير عوض وذلك يحتملهما كالتزام الصوم والصلوة (ولا) يجوز الرهن (بما هو مضمون بغيره كالمبيع فى يد البايع) فانه مضمون بالثمن حتى لو هلك ذهب بالثمن فلا يجب على البايع شئ فالرهن لا يجوز الا بالاعيان المضمونة بنفسها كما مر ولا يجوز بالاعيان المضمونة بغيرها كالرهن وان هلك الرهن بالمبيع ذهب بغير شئ لانه لا اعتبار بالباطل فلا يجب على المشترى شئ وقال شيخ الاسلام انه فاسد لان المبيع والرهن مال والفاسد ملحق بالصحيح بالاحكام وفى المبسوط انه جاز الرهن فيضمن بالاقل من قيمته ومن قيمة العين وبه اخذ الفقيه ابو سعيد البردعى وابو الليث قيل الاعيان ثلاثة عين غير مضمونة اصلا كالامانات وعين مضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه وعين غير مضمونة بنفسها بل مضمونة بغيرها هو سقوط الثمن فصار هذا التسمية بالعين المضمونة بالغير (ولا) يجوز الرهن (بالكفالة بالنفس) اى لا يجوز رهن الكفيل شيئا عند المكفول له ليسلم نفس المكفول به اليه لان استيفاء من الرهن متعذر وفى الخانية رجل تكفل عن رجل بمال ثم ان المكفول عنه اعطى الكفيل رهنا ذكر فى الاصل انه لو كفل بمال مؤجل على الاصل فاعطاه المكفول عنه رهنا بذلك جاز الرهن ولو كفل رجل على انه ان لم يواف به الى سنة فعليه المال الذى عليه وهو الف درهم ثم اعطاه المكفول عنه بالمال رهنا الى سنة كان الرهن باطلا وكذا لو كان الكفيل قال للطالب فى الكفالة ان مات فلان ولم يؤد المال فهو على ثم اعطاه المكفول عنه رهنا لم يجز (ولا) يجوز الرهن (بالقصاص فى النفس ومادونها) عند ولى القصاص لئلا يمتنع عما وجب عليه لما مر من ان استيفاء القصاص من الرهن غير ممكن بخلاف الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولا بالشفعة) اى لا يجوز رهن البايع والمشترى عند الشفيع ليسلم الدار بالشفعة لان استيفاء المبيع من الرهن غير ممكن اذ لو هلك المبيع لا يلزمه الضمان (ولا) يجوز (باجرة النايحة والمغنية) لان الاجارة على ذلك باطلة شرعا فالرهن ايضا بط لكونه فى مقابلة غير جائز اصلا (ولا) يجوز رهن المولى شيئا (بالعبد الجانى او) العبد (المديون) لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك العبد لا يجب على المولى شئ فاذا لم يصح الرهن فى هذه الصور فللراهن ان يأخذ الرهن من المرتهن حتى لو هلك الرهن فى يد المرتهن قبل الطلب يهلك بلا شئ اذ لا حكم للباطل فيبقى القبض باذن المالك (ولا يجوز للمسلم رهن الخمر ولا ارتهانها من مسلم او ذمى) لان المسلم لا يملك الايفاء اذا كان راهنا ولا يملك الاستيفاء اذا كان مرتهنا وكذا الحال فى الخنزير (ولا يضمن له) اى للمسلم (مرتهنها) اى مرتهن الخمر (ولو) وصلية (ذميا) اى اذا كان المرتهن ذميا لم يضمنها كما لا يضمنها بالغصب منه لانها ليست بمال فى حق المسلم (ويضمنها هو) اى المسلم لو ارتهنها (من ذمى) اى اذا كان الراهن ذميا والمرتهن مسلما فهلك فى يد المرتهن يضمن المسلم الخمر للذمى لانها مال متقوم فى حقه فتصير الخمر مضمونة على المسلم للذمى باقل من قيمتها ومن الدين كما يضمنها بالغصب (ويصح) الرهن (بالدين ولو) وصلية (موعودا بان رهن) شيئا من شخص (ليقرضه كذا) من المال وعند الائمة الثلاثة لا يصح الرهن به (فلو هلك) هذا الرهن (فى يد المرتهن لزمه) اى المرتهن دفع (ما وعد للراهن) اى ان رهن ليقرضه الف درهم مثلا وهلك الرهن فى يد المرتهن قبل ان يقرضه الفا يجب على المرتهن تسليم الالف الموعود الى الراهن جبرا لان الموعود جعل موجودا حكما باعتبار الحاجة ولانه مقبوض من جهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه (ان كان الدين مثل قيمته) اى الرهن (او اقل منها) اما اذا كان الدين اكثر من قيمة الرهن فعليه قدر قيمته هذا اذا سمى قدر الدين فان لم يسمه بان رهنه على ان يعطى شيئا فهلك فى يده يعطى المرتهن الراهن ما شاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شيئا فيكون بيانه اليه وقال محمد لا يصدق فى اقل من درهم والمص لم يلتفت الى هذا لانه غير متعارف كما قاله ابو المكارم لكن لا نم ذلك لان المص قد ذكر حكمه فيما سبق وهو قوله وان كان الدين اكثر سقط منه قدر القيمة وطولب الراهن بالباقى تدبر وروى عن ابى يوسف اذا قال لغيره اقرضنى وخذ هذا الرهن ولم يسم القرض فاخذ الرهن ولم يقرضه حتى ضاع الرهن فعليه قيمة الرهن فى الدين الموعود بالغة ما بلغت كالمقبوض على سوم الشراء وفى البزازية والحاصل فى الرهن بالدين الموعود ان المستقرض اذا سمى شيئا ورهن به وهلك الرهن قبل الاقراض ضمن

الاقل من القيمة ومن المسمى وان لم يكن سمى شيئا اختلف فيه الامام الثانى ومحمد لكن قد قررناه نقلا عن التنوير ان المقبوض على سوم الرهن اذا لم يبين المقدار ليس بمضمون فى الاصح تتبع (و) يصح الرهن (برأس مال السلم وثمن الصرف) قبل الافتراق ولم يصح عند زفر وهو قول الائمة الثلاثة لانه استبدال ورد بان الاستبدال اخذ صورة ومعنى والاستيفاء فى الرهن اخذ معنى فان العين امانة والمضمون هو المالية كما فى القهستانى (و بالمسلم فيه) قبل الافتراق وبعده وعن زفر فيه روايتان ثم اشار الى ما يظهر فيه فائدة جواز الرهن بالاشياء المذكورة بالفاء بقوله (فان هلك) الرهن (فى مجلس العقد قبل الافتراق) (فقد استوفى) اى صار المرتهن مستوفيا حكما لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث المالية فيتم السلم والصرف (وان افترقا) اى المتعاقدان (قبل النقد) اى قبل نقد رأس المال وثمن الصرف (وقبل الهلاك) اى هلاك الرهن (بطل العقد) فيهما لعدم القبض حقيقة لا حكما فان المرتهن لم يصر قابضا لحقه الا بالهلاك (والرهن بالمسلم فيه رهن ببدله اذا فسخ) اى لو تفاسخا السلم والسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال استحسانا حتى يحبسه به والقياس ان لا يحبسه به لانه دين اخر وجب بسبب اخر وهو القبض والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن باحدهما رهنا بالاخر كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وباحدهما رهن فقضى الذى به الرهن او ابرأه منه ليس له حبسه بالدين الاخر وجه الاستحسان انه ارتهن لحقه الواجب بسبب العقد الذى جرى بينهما وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ ورأس المال عند الفسخ فيكون محبوسا به لانه بدل فقام مقامه اذ الرهن بالشئ يكون رهنا ببدله كما اذا ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب صار رهنا بقيمته (وهلاكه) اى هلاك الرهن (بعد الفسخ هلاك بالاصل) اى هلاك الرهن بعد التفاسخ هلاك الرهن بالمسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره وهو رأس المال كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن (ويصح) الرهن (بالاعيان المضمونة بنفسها) اى بالمثل (او القيمة كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم عمد) فان هذه الاشياء يجب تسليم عينها عند قيامها اذ لا يجوز البدل عند وجود الاصل وعند هلاكها يجب الاتيان بمثلها ان كان لها مثل وبقيمتها ان لم يكن لها مثل فاذا هلك الرهن عند قيام العين فى يد الراهن يقال له سلم العين وخذ من المرتهن الاقل من قيمة العين ومن قيمة الرهن لان الرهن مضمون عندنا واذا هلك العين قبل هلاك الرهن يصير الرهن رهنا صحيحا بقيمة العين المضمونة ثم اذا هلك الرهن يهلك بالاقل من القيمة ومن قيمة الرهن (و) يصح الرهن (ببدل الصلح عن انكار وان) وصلية (اقر المدعى بعدم الدين) صورته لو ادعى رجل على رجل دينا الف درهم مثلا فانكر المدعى عليه فصالحه على خمسمائة على الانكار واعطاه بها رهنا يساوى خمسمائة فهلك الرهن عند المرتهن ثم تصادقا ان لا دين عليه فان المرتهن يضمن قيمته خمسمائة للراهن باعتبار الظ وعن ابى يوسف خلافه اى ليس عليه ان يرد شيئا (ولو رهن الاب لدينه عبد طفله جاز) لانه يملك ايداعه وهذا انظر منه فى حق الصبى لانه اذا هلك يهلك مضمونا والوديعة امانة ولو كان الولد كبيرا لا يجوز للاب ان يرهن ماله بدين على نفسه الا باذنه (وكذا الوصى) اى الوصى مثل الاب فى الحكم المذكور وعن ابى يوسف وزفر انهما لا يملكان ذلك وهو القياس لان الرهن ايفاء حكما فلا يملكان كالايفاء حقيقة وجه الاستحسان ان فى حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله فى الحال وفى الرهن حفظ مال الصغير فى الحال مع بقاء ملكه فيه (فان هلك) العبد الرهن (ازمهما) اى الاب والوصى (مثل ما سقط به) اى بالرهن (من دينهما) اى من دين الاب والوصى ولا يضمنان الفضل ان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين لانه امانة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع وذكر التمرتاشى ان قيمة الرهن اذا كانت اكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصى بقدر القيمة لان للاب ان ينتفع بمال الصبى بخلاف الوصى وفى الذخيرة التسوية بينهما فى الحكم وقال لا يضمنان الفضل لما مر من انه امانة وكذا لو سلطا المرتهن على البيع لانه موكل على بيعه وهما يملكانه (ولو رهنه الاب) متاع الصغير (من نفسه او من ابن اخر صغير له) اى للاب (او من عبد له) اى للاب (تاجر لا دين عليه صح) لان الاب لوفور شفقته نزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين فى هذا العقد كما فى بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفى العقد (بخلاف الوصى) اى لو ارتهنه الوصى من نفسه او من هذين اورهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفى العقد فى الرهن كما لا يتولى هما فى البيع وهو قاصر الشفقة ولا يعدل عن الحقيقة فى حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر الذى ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه اى الوصى (بخلاف ابنه الكبير وابيه) اى اب الوصى وعبده الذى عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة فى الرهن لان له حكما واحدا (وان استدان الوصى لليتيم فى كسوته او طعامه ورهن به متاعه) اى متاع اليتيم (صح) لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن اورهن لان الاولى

للوصى التجارة تميرالماله ولاتجديدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء (وليس للطفل اذابلغ نقض الرهن فى شئ من ذلك مالم يقض الدين) لوقوعه لازما من جانبه ولوكان الاب رهنه فقضاه الابن رجع به فى مال الاب لانه مضطرفيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معيرالرهن وكذلك اذاهلك قبل ان يفتكه الاب يصيرقاضيادينه بماله فله ان يرجع عليه (ولورهن شيئا بثمن عبدفظهر) العبد (حرا او بثمن خل فظهر) الخل (خمرا او بثمن ذكية فظهرت ميتة فالرهن مضمون) لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وهوكاف لانه آكد من الدين الموعود (وجاز رهن الذهب والفضة وكل مكيل وموزون) لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (وان رهنت بجنسها فهلا كها بمثلها من الدين ولاعبرة للجودة) لانها ساقطة الاعتبار عند المقابلة بالجنس فى الاموال الربوية وهذا عند الامام فان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة (وعندهما هلا كها بقيمتها ان خالفت وزنها فيضمن بخلاف الجنس ويجعل رهنامكان الهالك) قالوا وعندهما ان لم يكن فى اعتبار الوزن اضرارا باحدهما بان كانت قيمة الرهن مثل وزنه اى يكون هلا كها بمثلها من الدين عند الامام وان كان فيه الحاق ضرر باحدهما بان كانت قيمته اكثر من وزنه اواقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه ثم يجعل ماضمن رهنا مكانه ويكون دينه على حاله لانه لاوجه الى الاستيفاء بالوزن لمافيه من الضرر بالمرتهن ولاالى اعتبار القيمة لانه يؤدى الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وفى النهاية والتبيين تفصيل فليراجعهما (ومن شرى) شيئا (على ان يعطى بالثمن رهنا بعينه اوكفيلا بعينه صح استحسانا) لانه شرط ملايم للعقد اذ الرهن والكفالة للاستيثاق وهو يلايم الوجوب وفى القياس لايجوز لكونه صفقة فى صفقة وهى منهى عنها واذا كان الرهن اوالكفيل غائبا يفوت معنى الاستيثاق لان المشترى ربما يرهن شيئا حقيرا او يعطى كفيلا فقيرا لايعد من الاستيثاق فيبقى العقد بشرط غير ملايم فيفسده قياسا واستحسانا امالوكان الكفيل غائبا فحضر فى المجلس وقبل صح وكذا لولم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيين الرهن فى المجلس اونقد المشترى الثمن حالا جاز وبعد المجلس لايجوز (فان امتنع) المشترى (عن اعطائه) اى اعطاء الرهن (لايجبر) المشترى على اعطائه عندنا لان عقد الرهن تبرع ولاجبر على التبرعات وقال زفر يجبر عليه لان الرهن صار بالشرط حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة فى عقد الرهن فيلزم الرهن بلزومه (و) يثبت (للبايع) الخيار ان شاء (فسخ البيع) ان ابى عن اعطاء الرهن وان شاء ترك الرهن لانه وصف مرغوب فى العقد ومارضى (الابه) فيتخير بفواته (ان دفع) المشترى (الثمن حالا) فح لايفسخه لحصول الحق وهو الاثمان فى العقود (او) دفع (قيمته الرهن رهنا) لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة (ومن شرى شيئا وقال) المشترى (لبايعه امسك هذا) الثوب مثلا (حتى اعطيك الثمن فهو) اى الثوب (رهن) عند الطرفين (وعند ابى يوسف وديعة) لارهن وهو قول زفر والائمة الثلاثة لان قوله امسك يحتمل الامرين الرهن والايداع لانه اقل وادون من الرهن فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسك بدينك او بمالك على لانه لماقابله بالدين فقد عين جهة الرهن ولهما انه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى ايفاء الثمن فالعبرة فى العقود للمعانى الايرى انه لوقال ملكتك هذا بكذا يكون بيعا للتصريح بموجب البيع كانه قال بعتك بكذا ولافرق بين ان يكون ذلك الثوب هو المشترى اولم يكن بعد ان كان بعد القبض لان المبيع بعد القبض يصلح ان يكون رهنا بثمنه حتى يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما اذا كان قبل القبض لانه محبوس بالثمن وضمانه يخالف ضمان الرهن فلايكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لوقال له امسك المبيع حتى اعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع كمافى التبيين (ولورهن عبدين بالف فليس له اخذ احدهما بقضاء حصته) اى حصة احدهما من الالف (كالبيع) لان المجموع محبوس بكل الدين فيكون الجميع محبوسا بكل جزء من اجزاء الدين تحصيلا للحق وهو المبالغة فى الحمل على الايفاء فصار كالمبيع فى يد البايع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذى رهنه فكذلك الجواب فى رواية الاصل وفى الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ماسمى له وجه الاول ان العقد متحد لايتفرق بتفريق التسمية كما فى البيع ووجه الثانى انه لاحاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لايصير مشروطا فى الاخر الايرى انه لوقبل الرهن فى احدهما جاز بخلاف البيع (ولورهن) رجل (عينا عند رجلين) بدين لكل واحد منهما عليه سواء كانا شريكين فى الدين اولم يكونا شريكين فيه (صح) الرهن (وكلها) اى كل العين رهن لكل واحد (منهما) اى من الرجلين لان الرهن اضيف الى جميع العين فى صفقة واحدة ولاشيوع فى الرهن وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا الحبس ممالايقبل الوصف بالتجزى فصار محبوسا لكل واحد منهما بخلاف الهبة من رجلين حتى لايجوز عند الامام لان العين تنقسم عليهما فيثبت الشيوع ضرورة (والمضمون على كل) واحد منهما على (حصة دينه) لان

كل

كل واحد منهما يصير مستوفيا بالهلاك اذليس احدهما باولى من الاخر فينقسم عليهما لان الاستيفاء ممايقبل التجزى (فان تهايئا) اى المرتهنان (فى حفظهما) اى العين المرهونة (وكل) واحد منهما (فى نوبته كالعدل) الذى وضع عنده الرهن (فى حق الاخر) وفيه اشارة الى ان ارتهان كل واحد منهما باق مالم يصل الرهن الى الراهن كما فى العناية وفى التبيين هذا اذا كان لايتجزى فظاهر وان كان ممايتجزى وجب ان يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع احدهما كله الى الاخر وجب ان يضمن الدافع عند الامام خلافا لهما (فان قضى) الراهن (دين احدهما) اى احد المرتهنين دون الاخر (فكلها) اى كل العين (رهن عند الاخر) لان جميع العين رهن فى يد كل واحد منهما من غير تفرق على ماذكر آنفا (ولورهن اثنان من واحد صح) وله اى للواحد (ان يمسكه) اى الرهن (حتى يستوفى جميع حقه منهما) لان قبض الرهن يحصل فى الكل من غير شيوع فصار نظير البايع وهما نظير المشتريين (ولوادعى كل من اثنين ان هذا رهن) فعل ماض (هذا الشئ) مفعول رهن (منه وقبضه) اى الشئ (وبرهنا عليه) اى على ما ادعيا (بطل برهانهما) صورتها رجل فى يده عبد ادعاه رجلان يقول كل واحد منهما الذى اليد قد رهننى عبدك هذا بالف درهم وقبضته منك واقام البينة على مدعاهما فهو باطل اذ لاوجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لاستحالة ان يكون العبد الواحد كله رهنا لهذا وكله لذلك فى حالة واحدة ولا لاحدهما بكله لعدم اولوية حجته على حجة الاخر ولاالى القضاء لكل منهما بالنصف لافضائه الى الشيوع فيتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولايمكن ان يقدر كانهما ارتهناه معا استحسانا اذا جهل التاريخ لان ذلك يؤدى الى العمل بخلاف مااقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله فى الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره فى الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وماذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلوهلك يهلك امانة لان الباطل لاحكم له هذا اذا لم يؤرخا فان ارخا كان صاحب التاريخ الاقدم اولى وكذا اذا كان الرهن فى يد احدهما كان صاحب اليد احق (ولو) كان هذا (بعد موت الراهن) اى لومات الراهن فاقام كل واحد منهما انه رهنه عنده وقبضه (قبلا ويحكم بكون الرهن مع كل) واحد منهما (نصفه) بدل من الرهن (رهنا بحقه) اى بحق كل منهما استحسانا وهو قول الطرفين لان حكم الرهن هو الحبس فى الحيوة وليس للشيوع وجه هنا بخلاف الممات اذ بعده ليس له الحكم الا الاستيفاء بان يبيعه فى الدين شاع اولم يشع وعند ابى يوسف يبطل هذا قياسا لان القضاء بالنصف غير جائز فى الحيوة للشيوع وكذا فى الممات له وفى التنوير اخذ بتمامه المديون ليكون رهنا عنده لم يكن رهنا دفع ثوبين فقال خذ ايهما شئت رهنا بكذا فاخذهما لم يكن واحد منهما رهنا قبل ان يختار احدهما * باب الرهن يوضع على عدل (* لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر فى هذا الباب الاحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لما ان حكم النائب ابدا يقفو حكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضى الراهن والمرتهن بوضع الرهن فى يده وزاد عليه بعض المعتبرات قيدا آخر حيث قال ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل بناء على ماهو الجارى بين الناس فيما هو الغالب والا فرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بامر لازم وعن هذا قال فى الكافى ليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه لانه مأمور بالحفظ فحسب (ولواتفقا) اى الراهن والمرتهن (على وضع الرهن عند عدل صح) وضعهما او يتم (الرهن) (بقبض العدل) هذا عندنا وقال زفر لايصح لان العدل يملكه عند الضمان بعد الاستحقاق فينعدم القبض وبه قال ابن ابى ليلى قلنا يده يد المرتهن فيصح والمضمون هو المالية فينزل منزلة شخصين (وليس لاحدهما) اى للراهن والمرتهن (اخذه) اى اخذ الرهن (منه) اى من العدل (بلارضى الاخر) لتعلق حق كل واحد منهما به حفظا واستيفاء فلا يبطل كل واحد حق الاخر (ويضمن) العدل قيمة الرهن (بدفعه الى احدهما) لانه مودع الراهن فى حق العين ومودع المرتهن فى حق المالية وكل واحد اجنبى عن الاخر والمودع اذا دفع الى الاجنبى يضمن ولانه لودفع الى المرتهن يدفع ملك الغير واودفع الى الراهن تبطل اليد على المرتهن وذلك تعد (وهلاكه) اى الرهن (فى يده) اى فى يد العدل (على المرتهن) لان يده فى حق المالية يد المرتهن والمالية هى المضمونة (فان وكل الراهن العدل او المرتهن اوغيرهما) اى غير العدل والمرتهن (ببيعه) اى ببيع الرهن (وقت حلول الاجل صح) التوكيل لان الرهن ملكه فله ان يوكل من شاء من هؤلاء ببيع ماله معلقا ومنجزا فلو وكل ببيعه صغيرا لايعقل فباعه بعد بلوغه لم يصح عند الامام لان امره وقع باطلا لعدم القدرة وقت الامر فلاينقلب جائزا وقالا يصح لقدرته عليه وقت الامتثال (فان شرطت) الوكالة (فى عقد الرهن لاينعزل) الوكيل (بالعزل) اى عزل الراهن بدون رضى المرتهن لتعلق الحق بالمرهون وفى القهستانى واووكل بعد الرهن انعزل بالعزل وهذا ظاهر الرواية وقال شيخ الاسلام الصحيح انه لم ينعزل كما فى الذخيرة لكن الصحيح انعزل كما فى الخانية (ولا) ينعزل ايضا (بموت الراهن و) لا بموت (المرتهن)

لان الوكالة المشروطة فى ضمن عقد الرهن صارت حقا من حقوقه فيلزم بلزوم اصله كما فى الهداية لكن هذا الدليل يقتضى جواز عزله قبل ان يقبض المرتهن الرهن فان اللزوم انما يتحقق بالقبض الا ان يقال لما كانت هذه الوكالة ثابتة فى ضمن عقد الرهن فزوالها يكون فى ضمن زواله ايضا تدبر (وله) اى للوكيل (بيعه) اى بيع الرهن بعد موت الراهن (بغيبة ورثته) اى ورثة الراهن كما كان له حال حيوته ان يبيعه بغير حضرة الراهن (وتبطل) الوكالة (بموت الوكيل) فلا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجرى فيها الارث ولان الموكل رضى برأيه لا برأى غيره كما فى الهداية وهذا يقتضى ان يجوز بيع الوصى اذا قال الراهن للوكيل بالبيع اجزت لك ما صنعت فيه من شئ وصرح بذلك فى الذخيرة وعن ابى يوسف ان وصى الوكيل يملك بيعه للزوم الوكالة كالمضارب اذا مات والمال عروض يملك وصى المضارب بيعها (ولو وكله) اى العدل (بالبيع مطلقا ملك بيعه بالنقد والنسيئة فلو نهاه) اى العدل (بعده) اى بعد توكيله مطلقا (عن بيعه نسيئة لا يعتبر نهيه) لانه لازم باصله فكذا بوصفه وكذا لا ينعزل بالعزل الحكمى كموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب لان الرهن لا يبطل بموته ولو بطل انما كان يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم عليه كما تقدم على حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة حيث تبطل بالموت وتنعزل بعزل الموكل وتمامه فى التبيين فليراجع (ولا يبيع الراهن ولا المرتهن الرهن بلا رضى الاخر) لتعلق حق كل منهما بالرهن كما بيناه (وان حل الاجل والراهن) اووارثه بعد موته (غائب وابى الوكيل ان يبيعه اجبر) بالاتفاق (الوكيل على بيعه) اى الرهن بان يحبسه القاضى اياما فان لج بعد الحبس اياما فالقاضى يبيع عليه وهذا على اصلهما ظاهر واما على اصل الامام فكذلك عند البعض لان جهة البيع تعينت لان بيع الرهن صار حقا للمرتهن ايفاء لحقه بخلاف سائر اموال المديون وقيل لا يبيع كما لا يبيع مال المديون عنده وفيه اشعار بانه لو حضر الراهن لم يجبر الوكيل بل اجبر هو كما فى القهستانى ثم ان البيع لا يفسد بهذا الاجبار لانه اجبار بحق فصار كلا اجبار وفيه ايهام انه لا يجوز البيع قبل حلول الاجل وفى الخانية لو سلط العدل على البيع مطلقا ولم يقل عند حلول الدين فله ان يبيع قبل ذلك (كما يجبر الوكيل بالخصومة عليها) اى على الخصومة (عند غيبة موكله) اى اذا وكل المدعى عليه رجلا بخصومته بطلب المدعى فغاب الموكل وابى الوكيل ان يخاصمه فانه يجبر على الخصومة لان المدعى خلى سبيل المدعى عليه اعتمادا على ان وكيله يخاصمه فلا يمكن للوكيل ان يمتنع كما فى الكافى وفيه اشعار بان تكون الوكالة بطلب المدعى لكن اطلاق المتن يخالفه تدبر وفى البرجندى والخلاف فى اجبار الوكيل بالخصومة كالخلاف فى اجبار الوكيل ببيع الرهن وانما قيد الوكيل بالخصومة لان الوكيل بقضاء الدين لا يجبر اذا وكله بقضائه من مال نفسه بخلاف ما اذا وكله بقضاء الدين من مال الموكل انتهى (وكذا يجبر) على بيعه (لو شرطت) الوكالة (بعد عقد الرهن فى الاصح) وذكر السرخسى ان فى ظاهر الرواية لا يجبر الوكيل على البيع وعن ابى يوسف ان الجواب فى الفصلين واحد اى يجبر سواء شرط اولم يشرط ويؤيده اطلاق الجواب فى الجامع الصغير (فان باعه) اى الرهن (العدل فثمنه) اى ثمن الرهن (قائم مقامه) اى مقام الرهن ولا فرق بين ان يكون الثمن مقبوضا اولم يكن لقيامه مقام ما كان مقبوضا وهو الرهن (وهلاكه) اى هلاك الثمن لو توى على المشترى (كهلاكه) اى الرهن فيسقط بقدره دين المرتهن ولا ينظر الى قيمة الرهن بل الى قيمة الثمن خص العدل بالذكر والظاهر انه اذا وكل المرتهن ببيع المرهون كان الحكم ايضا كذلك كما فى البرجندى (فان اوفاه) اى الثمن بعد بيع العدل الرهن (المرتهن واستحق الرهن) وكان هالكا فى يد المشترى (فللمستحق ان يضمن الراهن) قيمة الرهن ان شاء لانه غاصب فى حقه بالاخذ (ويصح البيع والقبض) اى قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه لان الراهن يملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب فتبين انه امره ببيع نفسه (او) ضمن المستحق (العدل) معطوف على قوله الراهن لانه متعد فى حقه بالبيع والتسليم (ثم العدل) على تقدير تضمينه (مخير ان شاء ضمن الراهن) لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة (ويصحان) اى البيع وقبض المرتهن ايضا لان العدل ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه فلا يرجع المرتهن على العدل بشئ بدينه (او) ضمن (المرتهن ثمنه) الذى اداه اليه لظهور اخذه الثمن من غير حق (وهو) اى الثمن (له) اى للعدل لانه ملكه وانما اداه الى المرتهن على ظن ان البيع ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن العدل راضيا به فله ان يرجع به عليه (ويبطل القبض فيرجع المرتهن على الراهن بدينه) لان العدل اذا رجع بطل قبض المرتهن الثمن فيرجع المرتهن على راهنه بدينه ضرورة (فان كان الرهن قائما) فى يد المشترى (اخذه) اى الرهن (المستحق) من مشتريه لانه وجد عين ماله (ورجع المشترى على العدل بثمنه) لكونه عاقدا لحقوق العقد راجعة اليه (ثم يرجع (هو) اى العدل (على الراهن به) اى بثمنه لانه الذى ادخله فى العهدة بتوكيله فيجب عليه تخليصه (وصح القبض) اى قبض المرتهن الثمن لان مقبوضه سلم له (او يرجع) العدل (على المرتهن) بالثمن الذى اداه اليه اذ بانتقاض العقد بطل الثمن

وكذا ينقض قبضه بالضرورة (ثم) يرجع (المرتهن على الراهن بدينه) لانه اذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان فيرجع به على الراهن هذا على اشتراط التوكيل اما ان لم يشترط فى الرهن لا خيار للعدل وعن هذا قال (وان لم يكن الوكيل مشروطا فى الرهن يرجع العدل على الراهن فقط) لا على المرتهن سواء (قبض المرتهن ثمنه اولم يقبض) كما اذا باع العدل بامر الراهن وضاع الثمن فى يده من غير تعد منه ثم استحق المرهون وضمن العدل يرجع به على الراهن (وان هلك الرهن عند المرتهن ثم استحق فللمستحق ان يضمن الراهن قيمته) ان شاء لانه متعد فى حقه بالتسليم (ويصير المرتهن مستوفيا) بدينه لان الراهن ملكه باداء الضمان فصح الايفاء (و) ان شاء (ان يضمن المرتهن) لانه متعد فى حقه ايضا بالقبض (ويرجع المرتهن بها) اى بالقيمة التى ضمنها لانه مغرور من جهة الراهن (و) يرجع (بدينه على الراهن) لانه انتقض قبضه فيعود حقه كما كان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن والملك فى المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه يقال لما كان رجوع المرتهن على الراهن بسبب انه مغرور من جهته كان الملك بالرجوع متأخرا عن عقد الرهن فتبين انه ملك غيره * باب التصرف فى الرهن وجنايته والجناية عليه (* لما ذكر الرهن واحكامه شرع فيما يعترض عليه اذ عارضه بعد وجوده (بيع الراهن الرهن موقوف على اجازة المرتهن او قضاء دينه) وعن ابى يوسف انه نافذ كالاعتاق لانه تصرف فى خالص ملكه والصحيح ظاهر الرواية لتعلق حق المرتهن به فيتوقف على اجازته وان تصرف الراهن فى ملكه كالوصية يتوقف نفاذها فيما زاد على الثلث على اجازة الورثة لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان المانع من النفاذ حقه وقد زال بالاجازة وان قضا الراهن دينه جاز ايضا لان المقتضى لنفاذ البيع موجود وهو التصرف الصادر عن الاهل فى المحل وقد زال المانع من النفوذ (فان اجاز صار ثمنه رهنا مكانه) وفى الهداية فاذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا وعن ابى يوسف انه انما يكون الثمن رهنا اذا كان الراهن شرط ان يباع بدينه اما اذا لم يكن فلا والصحيح هو الاول وهذا كله اذا باع الراهن وهو فى يد المرتهن اما اذا دفعه الى الراهن فقيل لا يبقى الرهن فلا يكون الثمن رهنا والاصح انه يبقى رهنا لانه بمنزلة الاجازة فلا يبطل الرهن لكن يبطل ضمانه كما فى العمادية (وان لم يجز) المرتهن البيع (وفسخ لا ينفسخ فى الاصح) اذ ثبوت حق الفسخ له لضرورة صيانة حقه ولا حاجة الى هذه الضرورة اذ حقه فى الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فيبقى موقوفا و ينفسخ فى رواية ابن سماعة كعقد الفضولى حتى لو افتكه الراهن فلا سبيل للمشترى عليه واذا كان موقوفا (فان شاء المشترى صبر الى ان يفك الرهن) لان العجز على شرف الزوال (او رفع) المشترى الامر (الى القاضى ليفسخه) اى يفسخ القاضى البيع بسبب العجز عن التسليم فان ولاية الفسخ الى القاضى لا الى المشترى كما اذا ابق العبد المشترى قبل القبض فانه يتخير المشترى لما ذكرنا كذلك هنا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثانى موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثانى فلو اجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى ولو باع الراهن ثم آجر اورهن اووهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق وهو ان المرتهن ذو حظ من البيع الثانى لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له فى هذه العقود لانه لا بدل فى الهبة والرهن والذى فى الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه فى مالية العين لا فى المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق كما فى الهداية (وصح عتق الراهن) موسرا كان او معسرا (الرهن) اى العبد الرهن بلا اذن المرتهن (و) كذا يصح (تدبيره واستيلاده) عندنا لانه تصرف صدر عن الاهل ووقع فى المحل فخرجوا من الرهنية لبطلان المحلية فلا يجوز استيفاء الدين منهم وانما لا ينفذ بيعه للعجز عن التسليم والبيع مفتقر الى القدرة على التسليم بخلاف الاعتاق ولهذا ينفذ اعتاق الابق دون بيعه (فان كان) الراهن (موسرا طولب بدينه ان) كان (حالا) لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه (واخذت قيمة الرهن) اى اخذ المرتهن من الراهن قيمة العبد (فجعلت) اى القيمة (رهنا مكانه لو كان الدين (مؤجلا) حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفى التضمين فائدة وهو ان يكون الكل رهنا واذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان جنس حقه ورد الفضل كما فى الهداية (وان كان) الراهن (معسرا سعى العبد (المعتق فى الاقل من قيمته ومن الدين) اى ان كانت القيمة اقل سعى العبد فى القيمة وان كان الدين اقل من القيمة سعى فى الدين وانما يسعى لانه لا يتمكن المرتهن من استيفاء حقه من الراهن الفقير فيأخذ من المنتفع بالعتق وهو العبد بمقدار ما انتفع اذ ليس عليه ان يسعى فيما زاد على مقدارها (ورجع) العبد (به) اى بما سعى (على سيده)

اذا ايسر لانه قضاه بالزام الشرع ومن قضى دين غيره وهو مضطر فيه يرجع عليه بخلاف المستسعى فى اعتاق احد الشريكين لانه يؤدى ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده ولتكميله عندهما وقال الشافعى انه ينفذ ان كان موسرا لامكان تضمينه ولا ينفذ ان كان معسرا (و) سعى (المدبر وام الولد) فى التدبير والاستيلاد (فى كل الدين بلا رجوع) لان كسب المدبر والمستولد ملك المولى فيسعيان فى كل دينه بلا رجوع (واتلافه) اى اتلاف الراهن الرهن (كاعتاقه موسرا) اى ان كان الدين حالا اخذ منه كل الدين وان كان مؤجلا اخذ قيمته ليكون رهنا عنده الى زمان حلول الاجل (وان اتلفه) اى الرهن (اجنبى) اى غير الراهن (ضمنه) اى المتلف (المرتهن قيمته) اى الرهن يوم هلك (وكانت القيمة (رهنا مكانه) لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا فى استرداد ما قام مقامه والواجب فى هذا المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن تعتبر قيمته يوم القبض حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة ويوم الارتهان الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة لان المعتبر فى ضمان الرهن يوم قبضه كامر لانه به دخل فى ضمانه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل ضمن قيمته لانه اتلف مال الغير وكانت رهنا فى يده حتى يحل الاجل لان الضمان بدل العين فانه حكمه و يؤجل الدين والمضمون من جنس حقه استوفى المرتهن منه دينه ورد الفضل على الراهن ان كان فيه فضل وان كان دينه اكثر من قيمته رجع بالفضل وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقى بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف كما فى الهداية وغيرها وهو مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب ان لا يسقط بمقابلته شئ من الدين كما فى التبيين لكن الاشكال يضمحل بقول صاحب الهداية وغيره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر اذ لا شك ان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء فبالهلاك يتقرر الضمان ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض وقد كانت قيمته يوم القبض الفا ثم انتقصت منهما خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا محالة مقدار تمام الالف خمسمائة منه باتلافه وخمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته وقت القبض الفا تاما ولا تأثير فى سقوط شئ منه بتراجع السعر اصلا وهذا ظاهر من عبارة الهداية وغيرها تدبر (ولو اعار المرتهن الرهن) اى فعل به مثل ما يفعل بالعارية والا فالعارية تمليك المنافع والمرتهن لا يملك ذلك وفى المنح تفصيل فليراجع (من راهنه خرج من ضمانه) لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه فارتفع الضمان لارتفاع المقتضى له فلا يكون مضمونا على صاحبه لان الاسترداد باذنه (و برجوعه) اى برجوع الرهن الى يد المرتهن (يعود ضمانه) حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان (وله) اى للمرتهن (الرجوع) من الاعارة (متى شاء) لان عقد الرهن باق الا فى حكم الضمان فى تلك الحالة (ولو اعاره احدهما) اى اعار المرتهن او الراهن الرهن (باذن الآخر من اجنبى خرج من ضمانه ايضا) لما بينا من ان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض (فلو هلك فى يده) اى فى يد المستعير (هلك مجانا) لارتفاع القبض الموجب للضمان (ولكل منهما) اى من الراهن والمرتهن (ان يرده) من المستعير (رهنا) كما كان لانه لم يخرج عن الرهنية بالاعارة ولان لكل واحد حقا محترما فى الرهن وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من الاجنبى اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ كما فى الهداية (فان مات الراهن قبل رده) اى قبل رد المستعير الرهن الى المرتهن (فالمرتهن احق به) اى بالرهن (من سائر غرمائه) لان حكم الرهن باق فيه اذ يد العارية ليست بلازمة وكونه غير مضمون لا يدل على انه غير مرهون فان ولد المرهون مرهون وليس بمضمون بالهلاك فظهر منه ان الضمان ليس من لوازم الرهن من كل وجه (ولو استعار المرتهن الرهن من راهنه) للعمل (او استعمله باذنه فهلك حال استعماله سقط ضمانه عنه) اى عن المرتهن لثبوت يد العارية بالاستعمال وهى مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان (وان هلك) الرهن (قبل استعماله) اى المرتهن الرهن (او) هلك (بعده) اى بعد استعماله (فلا) يسقط ضمانه عن المرتهن اما الاول فلبقاء عقد الرهن واليد والضمان واما الثانى فلان يد العارية ترتفع بالفراغ فيبقى على اصل الرهن (وصح استعارة شئ ليرهنه) ذلك الشئ لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين بماله ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل فى حق البائع زوالا لان البيع يزيل الملك دون اليد (فان اطلق) المعير ولم يقيده بشئ (رهنه) اى المستعير (بما شاء) من قليل او كثير

(عند من شاء) عملا للاطلاق (وان قيد) المعير ما اعاره للرهن (بقدر او جنس او مرتهن او بلد تقيد به) فليس للمستعير ان يتجاوز عنه اذ كل ذلك لا يخلو عن افادة شئ من التيسير والحفظ والامانة ثم بين فائدته فقال (فان خالف) ما قيده به المعير (فهلك كان ضامنا فان شاء) المعير (ضمن المستعير) قيمته (ويتم الرهن بينه) اى بين المستعير والراهن (وبين مرتهنه) لان كل واحد منهما متعد فى حقه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب (او ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمنه وبدينه على المستعير لما مر) فى الاستحقاق وان خالف الى خير بان عين له اكثر من قيمته فرهنه باقل من ذلك بمثل قيمته او اكثر فانه لا يضمن (وان وافق) المستعير فى ارتهانه بعد ما عينه المعير (وهلك عند مرتهنه صار مستوفيا دينه) ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر او صار مستوفيا (قدر قيمة الرهن لو كانت) قيمته (اقل من الدين وطالب راهنه بباقيه) اى بباقى الدين اذ لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته (ووجب للمعير على المستعير مثل الدين) لو صار مستوفيا دينه بان كانت قيمته كالدين او اكثر لانه قضى دينه كله (او قدر القيمة) لو صار مستوفيا قدر قيمة الرهن لانه قضى ذلك القدر من دينه ولا تجب عليه قيمته مطلقا لانه قد وافق فلا يكون متعديا (ولو هلك عند المستعير قبل رهنه او بعد فكه) عن الرهن (لا يضمن) لانه لم يصر قاضيا دينه به وهو الموجب للضمان على ما بيناه (وان) وصلية (كان قد استعمله من قبل) بالاستخدام او بالركوب او نحو ذلك لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فلا يضمن خلافا للشافعى (ولو اراد المعير افتكاك الرهن بقضاء دين المرتهن من عنده فله ذلك) وليس للمرتهن ان يمتنع من تسليم الرهن بل يكون مجبورا على الدفع لان قضاءه كقضاء الراهن فى استخلاص ملكه (ويرجع المعير بما ادى على الراهن) لكونه غير متبرع فى القضاء لانه سعى فى استخلاص ماله (ولو قال المستعير هلك فى يدى قبل الرهن او بعد الفكاك وادعى المعير هلاكه عند المرتهن فالقول للمستعير) مع يمينه لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك فى هاتين الحالتين فان قيل قد صار مضمونا عليه بالرهن وهو يدعى سقوط الضمان بالافتكاك فلا يقبل قوله فى ذلك بحجة كالغاصب يدعى رد المغصوب قلنا الرهن وان كان اثبات يد الاستيفاء ولكن حقيقة الايفاء بالهلاك فاذا انكر الهلاك فى يد المرتهن فقد انكر الايفاء حقيقة والضمان ينشأ منه وكان منكرا للضمان (ولو اختلفا فى قدر ما امره بالرهن به فللمعير) اى فالقول للمعير لان الاذن يستفاد من جهته ولو انكر اصله كان القول له فكذا اذا انكر وصفه (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تعلق به حق المرتهن وتعلق حق الغير بالمال يجعل المالك كالاجنبى فى حق الضمان الا ترى ان تعلق حق الورثة بمال المريض يمنع نفوذ تصرفه فيما زاد على الثلث وكذا الورثة اذا اتلفوا العبد الموصى بخدمته ضمنوا قيمته ليشترى به عبد يقوم مقامه (وكذا جناية المرتهن عليه) مضمونة (فيسقط من دينه بقدرها) اى بقدر الجناية لان عين الرهن ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن وهو سبب الضمان فيصير مستوفيا من دينه بقدر الجناية اما اذا كان قدر الجناية اكثر من الدين يضمن الراهن المرتهن ما زاد على الدين لان الكل صار مضمونا عليه بالاستهلاك (وجناية الرهن عليهما) اى على الراهن والمرتهن اذا كانت موجبة للمال بان كانت خطأ فى النفس او فيما دونها واما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا لو قيده لكان اولى تدبر (وعلى مالهما هدر) اى باطل عند الامام (خلافا لهما فى المرتهن) فان عندهما جناية الرهن على المرتهن معتبرة وهو مذهب الائمة الثلاثة اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك وجناية المملوك على المالك فيما يوجب المال هدر بالاتفاق بخلاف الجناية الموجبة للقصاص واما الخلافية فلهما ان الجناية حصلت على غير المالك وفى الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان على المرتهن التطهير من الجناية لانها حصلت فى ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة فى اعتباره لانه لا يتملك بها العبد مع ان التملك فائدة ولم يوجد وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن الامام انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس فى ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او على ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبى كما فى الهداية (ولو رهن عبدا يساوى الفا بالف مؤجلة فصارت قيمته مائة) بان انتقص سعره (فقتله) اى العبد (رجل) خطأ (وغرم مائة وحل الاجل يقبض المرتهن المائة قضاء عن حقه) وسقط باقيه وهو تسعمائة (ولا يرجع على راهنه بشئ) لان النقصان من حيث السعر لا يوجب السقوط عندنا لان نقصان السعر عبارة عن فتور

رغبات الناس فيه وذا غير معتبر واما نقصان العين فيتقرر بفوات جزء منه فيسقط الدين فى انتقاصها الا فى انتقاص المالية من جهة السعر ولما كان الدين باقيا ويد الرهن يد الاستيفاء صار مستوفيا الكل من الابتداء خلافا لزفر لان المالية انتقصت فاشبه انتقاص العين (وان باعه) اى المرتهن الرهن وهو العبد الذى يساوى الفا وكان رهنا بالف (بالمائة بامر راهنه) قبض المائة قضاء لحقه (ورجع) المرتهن بعد قبض المائة (عليه) اى على الراهن (بالباقى) اى بباقى الدين وهو تسعمائة وفى الكافى واما الفصل الرابع وهو ما اذا باعه بمائة فانه يصح لانه ان كان موضوع المسئلة ان سعره تراجع الى مائة فظاهر لانه باعه بمثل قيمته فصح بالاجماع وان كان موضوع المسئلة ان لم ينتقص فصح البيع ايضا عند الامام وصح عندهما ان كان قال بع بما شئت واذا صح البيع صار المرتهن وكيل الراهن بما باعه باذنه وصار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذا هذا (وان قتله) اى العبد الرهن الذى يساوى الفا قبل نزول السعر الى مائة وبعد النزول (عبد) هو (يعدل مائة فدفع) بصيغة المجهول (به) اى دفع العبد الجانى مقام العبد المقتول بسبب قتله (افتكه الراهن بكل الدين) وهو الالف عند الشيخين لان التغير لم يظهر فى نفس العبد اذ العبد الثانى قام مقام الاول من حيث انه دم ولحم فكانه تراجع سعره الى مائة فلو كان الاول قائما وتراجع سعره لم يكن له خيار فكذلك هنا (عند محمد) هو بالخيار (ان شاء دفعه) اى العبد المدفوع (الى المرتهن) بدينه ولا شئ عليه غيره (وان شاء افتكه بالدين لانه) تغير فى ضمان المرتهن فاوجب التخيير وقال زفر يصير الثانى رهنا بمائة لان يد المرتهن يد الاستيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشرة فيبقى الدين بقدره (وان جنى) العبد (الرهن خطأ فداه المرتهن) لان ضمان الجناية على المرتهن والعبد كله فى ضمانه ودينه مستغرق لرقبته وعلى تقدير الفداء يبقى الدين والعبد رهن وليس له ولاية الدفع الى ولى القتيل اذ الدفع للمالك وهو ليس بمالك (ولا يرجع) المرتهن على الراهن بشئ من الفدا لان العبد كله مضمون وجناية المضمون كجناية الضامن فلو رجع على الراهن رجع الرهن عليه ولا يفيد (فان ابى) اى امتنع المرتهن من الفداء (دفعه الراهن) الى ولى الجناية (او فداه) اى يقال للراهن افعل واحدا من الدفع والفداء ان شاء يدفعه وان شاء يفدى عنه (ويسقط الدين) تاما بفعل كل منهما من الراهن ان كان الدين اقل من قيمة الرهن او مساويا وان كان الدين اكثر يسقط من الدين مقدار قيمة العبد ولا يسقط الباقى كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا الوقيده كما قيدناه لكان اولى تدبر وفى بعض المعتبرات اذا ولدت المرهونة ولدا فقتل انسانا خطأ او استهلك مال انسان فلا ضمان على المرتهن بل يخاطب الراهن بالدفع او الفداء فى الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شئ من الدين كما لو هلك فى الابتداء وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذى لزم العبد فدينه على حاله كما فى الفداء وان ابى قيل للراهن بعه فى الدين الا ان يختار ان يؤدى عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا (فى الفداء) وان لم يؤد وبيع العبد فى الدين يأخذ صاحب دين العبد دينه وتمامه فى الهداية والكافى فليطالعهما وفى المنح لو رهن حيوانا من غير بنى آدم فجنى البعض على البعض كان هدرا ويصير كانه هلك بآفة سماوية ولو رهن عبدين كل واحد منهما يساوى الفا بالفين فقتل احدهما الاخر او جنى احدهما على الاخر فيما دون النفس قل الارش او كثر لا تعتبر الجناية ويسقط دين المجنى عنه بقدره ولو كانا جميعا رهنا بالف فقتل احدهما الاخر فلا دفع ولا فداء ويبقى القاتل رهنا بسبعمائة وخمسين ولو رهن عبدا او دابة فجناية الدابة على العبد هدر وجناية العبد على الدابة معتبرة حسب جناية العبد على عبد آخر (ولو مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصى قائم مقامه (فان لم يكن له وصى نصب القاضى له وصيا وامره) اى الوصى (بذلك) اى بالبيع لان القاضى نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم وقد تعين النظر فى نصب الوصى ليؤدى ما عليه لغيره ويستوفى حقوقه من غيره ولو كان الدين على الميت فرهن الوصى بعض التركة عند غريم له من غرمائه لم يجز وللاخرين ان يردوه ولو لم يكن للميت غريم اخر جاز الرهن * فصل (* هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التى تذكر فى اواخر الكتب (رهن رجل عصيرا) اى عصير عنب عند رجل (قيمته عشرة) دراهم (بعشرة) دراهم (فتخمر) العصير اى صار خمرا (ثم تخلل) اى صار خلا (وهو) اى والحال انه (يساويها) اى عشرة دراهم (فهو) اى العصير المذكور الذى صار خلا بعد ان صار خمرا (رهن بها) اى بعشرة دراهم لان عقد الرهن لم يبطل بالخمر لان ما صلح محلا للبيع صلح محلا للرهن لان المحلية انما تكون بالمالية فيهما والخمر لا يصلح محلا لابتداء البيع ويصلح ابقائه فان من باع عصيرا فتخمر فى يد البائع بقى البيع الا انه يخير فى البيع لتغير وصف المبيع كما لو تعيب فاذا صار خلا فقد زال العارض قبل تقرر حكمه فجعل كان لم يكن (وان رهنت شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوى درهما فهو رهن به)

اى بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا بقى بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره على ما هو المشهور وان قال بعض المشايخ يعود البيع هذا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وان كانت قيمته يومئذ درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين وفى البزازية اشترى خلا بدرهم او شاة على انها مذبوحة بدرهم رهن به شيئا ثم هلك الرهن فظهر الخل خمرا والشاة ميتة يهلك مضمونا بخلاف ما اذا اشترى خمرا او خنزيرا او ميتة او حرا ورهن بالثمن شيئا وهلك عند المرتهن لا يضمن لانه باطل وان انتقص الرهن عند المرتهن قدرا او وصفا يسقط من الدين بقدره بخلاف النقصان بتراجع السعر على ما عرف فلو رهن فروا قيمته اربعون بعشرة فافسده السوس حتى صارت قيمته عشرة يفتكه الراهن بدرهمين ونصف ويسقط ثلاثة ارباع الدين لان كل ربع من الفرو مرهون بربع الدين وقد بقى من الفرو ربعه فيبقى من الدين ايضا ربعه (ونماء الرهن كولده ولبنه وصوفه وثمره للراهن) لانه متولد من ملكه فلا يدخل الكسب والهبة والصدقة فى الرهن لانها غير متولدة من الاصل فيأخذ الراهن فى الحال (ويكون رهنا مع الاصل) لانه تبع له والرهن حق متأكد لازم فيسرى الى الولد الا ترى ان الرهن لا يملك ابطاله بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسرى حكم الجناية الى الولد ولا يتبع امه فيه (فان هلك) النماء هلك (بلا شئ) لعدم دخوله تحت العقد مقصودا (وان بقى) النماء (وهلك الاصل يفتك) الراهن (بحصته من الدين ويقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك) لان الراهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقى الى وقته والتبع يقابله شئ اذا صار مقصودا كولد المبيع (فما اصاب الاصل سقط) من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا (وما اصاب النماء افتك به) صورته رجل رهن شاة بتسعة دراهم وقيمتها عشرة يوم القبض ثم ولدت ولدا قيمته خمسة دراهم يوم الفك فصارت قيمتهما خمسة عشر والدين يقسم على قيمتهما اثلاثا يصيب ثلثا الدين للام وهو ستة فتسقط ويصيب ثلثه للولد وهو ثلاثة لان قيمتهما اثلاث فيلزم الراهن ان يدفع الثلث ثم يأخذ الولد وفى التنوير ولو اذن الراهن للمرتهن فى اكل زوائد الرهن فاكلها فلا ضمان عليه ولا يسقط شئ من الدين وان لم يفتك الراهن الرهن حتى هلك الرهن فى يد المرتهن قسم الدين على قيمة الزيادة التى اكلها المرتهن وعلى قيمة الاصل فما اصاب الاصل سقط وما اصاب الزيادة اخذ المرتهن من الراهن كما مر وفى الخانية رهن جارية فارضعت صبيا للمرتهن لم يسقط شئ من دينه بخلاف ما لو رهن شاة فشرب المرتهن من لبنها فانه محسوب عليه من الدين (وتصح الزيادة فى الرهن) مثل ان يرهن ثوبا بعشرة يساوى عشرة ثم زاد الراهن ثوبا اخر فيكون مع الاول رهنا بالعشرة (ولا تصح) الزيادة (فى الدين) مثل ان يقول الراهن اقرضنى خمسمائة اخرى على ان يكون العبد الذى عندك رهنا بالف (فلا يكون الرهن رهنا بها) اى بالزيادة عند الطرفين لان الزيادة فى الدين ترك الاستيثاق وهو يكون منافيا لعقد الرهن ولان الزيادة فى الدين توجب الشيوع فى الرهن وهو غير مشروع فلا يصير الرهن الاول رهنا بالدين الحادث بل يصير كل الرهن بمقابلة الدين السابق فان هلك العبد الرهن يسقط الدين الاول ويبقى الدين الثانى بلا رهن (خلافا لابى يوسف) فان عنده تجوز الزيادة فى الدين فيسقط بموت العبد الرهن الدينان قياسا على جانب الاخر ولان الدين فى باب الرهن كالثمن فى المبيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما فى البيع وقال زفر والشافعى لا تجوز الزيادة فى الرهن ولا فى الدين لعدم جوازها فى الثمن والمبيع ثم المراد بقولهم ان الزيادة فى الدين لا تصح ان لا يكون رهنا بالزيادة كانه رهنا باصل الدين واما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائز اجماعا (وان رهن عبدا يعدل الفا بالف فدفع مكانه عبدا يعدلها) اى الالف (فالاول رهن) فمات قبل الرد يصير مستوفيا لدينه فالعبد الاول رهن كما كان (حتى يرد) المرتهن (الى راهنه والمرتهن امين فى) العبد (الثانى) حتى يجعله مكان الاول (برد الاول) على الراهن فح يصير الثانى مضمونا لان الاول دخل فى ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقى الاول فى ضمانه لا يدخل الثانى فى ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثانى فى ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض وقيل لا يشترط كما فى الهداية وغيرها لكن فى الخانية رجل رهن عند انسان عبدا بالف درهم ثم جاء الراهن بجارية وقال خذها مكان العبد يصح ذلك اذا قبض انتهى يفهم من هذا انه اذا قبض الرهن الثانى خرج الاول من ان يكون رهنا رد الاول على الراهن او لم يرد (ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه) اى الدين (منه) اى من الراهن (فهلك الرهن) فى يد المرتهن (هلك بلا شئ) استحسانا وقال زفر يضمن قيمة الرهن وهو القياس لان القبض وقع مضمونا فيبقى الضمان ما بقى القبض ولنا ان ضمان الرهن باعتبار القبض والدين لانه ضمان استيفاء وذا لا يتحقق الا باعتبار الدين وبالابراء لم يبق

احدهما وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما ولهذا لورد الرهن يسقط الضمان لعدم القبض ولو بقى الدين وكذا اذا ابرأ عن الدين يسقط الضمان لعدم الدين وان بقى القبض فاما اذا احدث المرتهن بعد البراءة منعا ثم تلف فى يده ضمن قيمته لان حق المنع لم يبق فصار مايمنع غاصبا فيضمن القيمة وكذا لو ارتهنت المرأة رهنا بالصداق وابرأته اووهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن فى يدها يهلك بغير شئ فى هذا كله ولم يضمن شيئا لسقوط الدين كما فى الابراء (ولو قبض) المرتهن (دينه او بعضه منه) اى من الراهن (او من غيره) كالمتطوع (او شرى به) اى بالدين (عينا) منه (او صالح عنه) اى عن الدين (على شئ او احتال به) اى احال الراهن مرتهنه بدينه (على اخر ثم هلك) الرهن فى يد المرتهن (قبل رده) اى الى الراهن (هلك بالدين) لان نفس الدين لايسقط بالاستيفاء ونحوه لما تقرر فى موضعه ان الديون تقضى بامثالها لابانفسها لكن الاستيفاء يتعذر لعدم الفائدة لايعقب مطالبة مثله فيفضى الى الدور فاذا هلك الرهن تقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثانى لئلا يتكرر الاستيفاء (ويرد ماقبض الى من قبض منه) هذا فى صورة ايفاء الراهن او المتطوع او الشراء او الصلح (وتبطل الحوالة) ويهلك الرهن بالدين اذ بالحوالة لايسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولذا يعود الى ذمة المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا (وكذا) اى كما يهلك الرهن بالدين فى الصورة المذكورة يهلك به ايضا (لو تصادقا على عدم الدين ثم هلك) الرهن (هلك بالدين) لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما فى الدين الموجود وقد بقيت الجهة لاحتمال ان يتصادقا على قيام الدين بعد تصادقهما على عدم الدين بخلاف الابراء لان الابراء يسقط الدين اصلا وبالاستيفاء لايسقط الدين بل يثبت لكل واحد منهما على الاخر فيتعذر الاستيفاء لما مر من عدم الفائدة وفى الكافى اذا تصادقا على ان لادين بقى ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفى لضمان الرهن فصار مستوفيا فاما اذا تصادقا على ان لادين والرهن قائم ثم هلك الرهن فان هناك يهلك امانة لان بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل فضمان الرهن لايبقى بدون الدين وذكر شيخ الاسلام الاسبيجابى انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لايهلك مضمونا وفى التنوير كل حكم عرف فى الرهن الصحيح فهو الحكم فى الرهن الفاسد وفى كل موضع كان الرهن مالا والقابل به مضمونا الا انه نفذ بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن بصفة الفساد وفى كل موضع لم يكن كذلك لاينعقد الرهن اصلا فاذا هلك هلك بغير شئ وتمامه فى المنح فليطالع ﴿كتاب الجنايات﴾ (﴿اورد الجنايات عقيب الرهن لان الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الانفس ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات لان الوسائل تقدم على المقاصد كما فى اكثر الشروح وقال فى غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة عما ليس للانسان فعله انتهى واورد عليه ان هذا التعليل ليس بشئ لان المتعلق بالبيان فى كتاب الجنايات انما هو احكام الجنايات دون انفسها ولاشك ان احكامها مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة فلا وجه لتأخيرها من هذه الحيثية ويمكن الجواب عنه بان كلا من الرهن والجناية من افعال المكلفين ويبحث فى كل منهما عما يتعلق بفعل المكلف من الاحكام الخمسة ولاشك فى جواز الرهن وخطر الجناية ويكفى هذا القدر فى تقديمه عليها كما لايخفى والجناية فى اللغة اسم لما يجنيه اى يكسبه المرء من شر تسمية للمفعول بالمصدر من جنى عليه جناية ثم خص فى العرف بما يحرم من الفعل سواء كان فى نفس او مال وفى عرف الفقهاء بما حرم فعله فى نفس او طرف والاول يسمى قتلا وانواعه خمسة عمد وشبه عمد وخطأ وجار مجرى الخطأ والقتل بسبب كما سيأتى تفصيله والثانى يسمى جناية فيما دون النفس وشرع القصاص لما فيه من معنى الحيوة شرعا كما قال تعالى ولكم فى القصاص حيوة والفرق بين هذه الاية وبين قول العرب القتل انفى للقتل بلاغة وفصاحة مبين فى كتب البيان بما لامزيد عليه ثم شرع فى بيان احكام القتل فقال (القتل اما عمد) موجب للضمان احترازا عن نحو قتل قطاع الطريق والحربى والمرتد (وهو ان يقصد ضربه) اى ضرب القاتل المكلف مايحرم ضربه كما هو المتبادر (بما يفرق الاجزاء من سلاح اعد) للحرب (او محدد من حجر او خشب او ليطة او حرقة بنار) اقول انما شرط فى الالة ماذكر لان العمد هو القصد وهو من اعمال القلب لايوقف عليه الا بدليله وهو استعمال ماذكر من الالات فاقيم الدليل مقام المدلول هذا عند الامام (وعندهما) وفاقا للشافعى (بما يقتل غالبا) حتى لو ضربه بحجر عظيم او خشبة عظيمة فهو عمد وقوله او ليطة بكسر اللام قشر القصب والاحراق بالنار من القتل العمد الموجب للقصاص لان النار من المفرقات للاجزاء كما فى الاتقان وقال فى الكفاية الا ترى انها تعمل عمل الحديد حتى انها اى النار اذا وضعت فى المذبح فقطعت مايجب قطعه فى الذكوة وسال بها الدم حل وان انجمد ولم يسل الدم لايحل انتهى وفى الخانية

ان

ان الجرح لايشترط فى الحديد ومايشبهه كالنحاس وغيره فى ظاهر الرواية انتهى وفى الخلاصة رجل ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابته الحديدة قتل به عند الكل وان اصابه بظهره ولم يجرحه فعندهما لاشك انه يجب القصاص وكذا عند الامام فى ظاهر الرواية وفى رواية الطحاوى عنه انه لايجب فعلى هذه الرواية يعتبر الجرح سواء كان حديدا او عودا او حجرا بعد ان يكون آلة يقصد بها الجرح وقال صدر الشهيد والاصح ان المعتبر عنده الجرح وسنجات الميزان من الحديد وقال رجل احمى تنورا ورمى فيه انسانا او القاه فى نار لايستطيع الخروج منها عليه القصاص بمنزلة السلاح وكذا كل مالايثبت عادة كالسلاح الا انه لايجعل النار كالسلاح فى حكم الذكوة حتى لو توقدت النار على المذبح وانقطع لايحل اكله انتهى لكن قال فى البزازية ان النار تعمل فى الحيوان عمل الذكوة حتى لو قذف النار فى المذبح فاحترق العروق يؤكل انتهى وهذا موافق لما قدمناه عن الكفاية ويحمل على ما اذا سال بها الدم وبه يحصل التوفيق بين كلامى صاحب الخلاصة والبزازية (وموجبه) اى القتل العمد (الاثم) لقوله تع ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم وفى الحديث سباب المسلم فسق وقتاله كفر وقال عليه السلام لزوال الدنيا اهون على الله تعالى من قتل امرء مسلم وعليه انعقد الاجماع (والقصاص عينا) نصب على الحال من القصاص اى حال كونه متعينا خلافا للشافعى فانه قال لايتعين القصاص بل الولى مخير بينه وبين اخذ الدية لقوله عليه السلام من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما ان يقتل واما يودى ولنا قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الاية وقوله تع وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والمراد به القتل العمد وما اورده من الحديث فعلى تقدير صحته لايجوز به الزيادة على النص لانه نسخ والى ذلك اشار ابن عباس رضى تع عنهما بقوله العمد قود لامال فيه ولان المال لايصلح موجبا لعدم المماثلة بينه وبين الادمى صورة ومعنى اذ الادمى خلق مكرما لقوله تع ولقد كرمنا بنى آدم ليشتغل بالطاعات والعبادات والمال خلق لاقامة مصالحه ومبتذلا فى حوائجه فلا يصلح جابرا وقائما مقامه الا ان الصلح على مال يجوز بالتراضى سواء كان باقل من الدية او اكثر منها (الا ان يعفى) على صيغة المجهول اى الا ان يعفو ولى القصاص او يصالحه على شئ من ماله كما مر آنفا والعفو افضل (ولا كفارة فيه) لانها فيما كان دائرا بين الحظر والاباحة والقتل كبيرة محضة لاتليق ان تكون الكفارة ساترة له لوجود معنى العبادة فيها ولقوله عليه السلام خمس من الكبائر لاكفارة فيهن منها قتل النفس بعمد وعند الشافعى عليه الكفارة كما فى الخطأ مراعاة لحق الله تعالى فى العبد (واما شبه عمد وهو ضربه) اى القاتل (قصدا بغير ماذكر) فى العمد مما لايفرق الاجزاء كالحجر مطلقا والحجر ايضا ان كانا غير محددين والسوط واليد هذا عند الامام خلافا لغيره فى الثقيل العظيم على مامر فى القتل العمد لان شبه العمد عند الغير ضرب القاتل بالة لايقتل مثلها غالبا كالعصا والحجر الصغير والسوط (واليد وموجبه) اى شبه العمد (الاثم) لقصد ماهو محرم شرعا ولقوله تع ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان قيل ان المدعى عام للمؤمن والذمى والدليل خاص بالمؤمن قلنا ان موجبها فى المؤمن ثبت بعبارة النص وفى الذمى بدلالته لتحقق المساواة فى العصمة لايقال ان الاية دليل للمعتزلة على خلود مرتكب الكبيرة فى النار لانا نقول ذلك فى المستحل او يراد بالخلود طول المكث او يراد بها الوعيد الشديد تنبيها على عظم تلك الجناية (والكفارة) على القاتل لانه خطأ نظرا الى الالة فدخل فى قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الاية (والدية المغلظة على العاقلة) الناصرة للقاتل اما وجوبها فلقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الابل الحديث واما كون الوجوب على العاقلة فلانه خطأ من وجه فيكون معذورا فيتحقق التخفيف لذلك ولانها تجب بنفس القتل فتجب على العاقلة كما فى الخطأ وتجب فى ثلاث سنين لقضية عمر رضى الله تع عنه وهو ماروى عنه رضى الله عنه انه قضى بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين والمروى عنه كالمروى عن رسول الله عليه السلام لانه مما لايعرف بالرأى (لا القود) عطف على الدية اى ليس فيه قود لشبهه بالخطأ (وهو) اى شبه العمد (فيما دون النفس) من الاطراف (عمد) باعتبار الضرب والاتلاف جميعا يعنى اذا جرح عضوا بالة جارحة وجب فيه القصاص ان كان مما يراعى فيه المماثلة وليس فيما دون النفس شبه العمد كما كان فى النفس لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الالة وما دون النفس ليس كذلك لما روى عن انس بن مالك رضى الله تع عنه ان عمة الربيع لطمت جارية وكسرت ثنيتها فطلبوا منهم العفو فابوا والارش فابوا الا القصاص فاختصموا الى رسول الله عليه السلام فامر بالقصاص فقال انس بن نضر انكسر ثنية عمة الربيع والذى بعثك نبيا بالحق لاتكسر ثنيتها فقال رسول الله عليه السلام يا انس كتاب الله القصاص فرضى القوم وعفوا وطلبوا الارش فقال عليه السلام ان من عباد الله من لو اقسم على الله لابره ووجه دلالته على مانحن فيه ان اللطمة لو اتت على النفس لاتوجب القصاص ورأيناها

فيمادون النفس قداوجبته بحكمه عليه السلام انه ما كان فى النفس شبه عمد هو عمد فيمادونها ولايتصور ان يكون فيه شبه عمد كما فى التبيين (واما خطأ) عطف على قوله اما عمد اوشبه عمد (وهو) اى الخطأ قسمان اماخطأ (فى القصد بان يرمى شخصا ظنه صيدا) فاذاهو ادمى او يرمى بظنه (حربيا فاذاهوادمى معصوم الدم) وانماسمى خطأ فى القصد اى فى الظن حيث ظن الادمى صيدا والمسلم حربيا واما الخطأ فى الفعل فقدبينه بقوله (اوفى الفعل بان يرمى غرضا فيصيب ادميا) فانه اخطأ فى الفعل لا القصد فيكون معذور الاختلاف المحل بخلاف مالوتعمد ضرب موضع فى جسده فاصاب موضعامنه آخر فمات حيث يجب القصاص اذ جميع البدن محل واحد فيمايرجع الى مقصوده فلا يعذر بخلاف ماذا اراد يدرجل فاصاب عنق غيره وابانه فهو خطأ كما فى العناية اما لواراد ان يضرب يدرجل بالسيف فاخطأ فاصاب عنقه فبان رأسه فهو عمد وفى المنح قال فى البدايع والخطأ قديكون فى نفس الفعل وقد يكون فى ظن الفاعل اما الاول فنحو ان يقصد صيدا فيصيب آدميا وان يقصد رجلا فيصيب غيره وان قصد عضوا من رجل فاصاب عضوا اخرمنه فهـذا عمد وليس بخطأ واما فى الثانى فنحو ان يرمى الى انسان على ظن انه حربى اومرتد فاذاهومسلم انتهى (واماما اجرى مجرى الخطأ كنائم انقلب على غيره فقتله) فحكمه حكم الخطأ وليس بخطأ حقيقة لعدم قصدالنائم الى شئ حتى يصير مخطأ لمقصوده ولما وجدفعل حقيقة وجب عليه ما اتلفه كفعل الطفل فجعل كالخطألانه معذور كالمخطئ (وموجبهما) اى الخطأ مطلقا وماجرى مجراه (الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تع فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وقدقضى به عمر رضى الله تع عنه فى ثلاث سنين بمحضر من الصحابة رضوان الله تع عليهم فصار اجماعا (واماقتل بسبب) اى بكونه سببا للقتل (وهو) اى القتل بسبب (نحوان يحفر بئرا او يضع حجرا فى غيرملكه بلااذن) من له الاذن وهو قيد للمتعاطفين (فيهلك به انسان) نبه بقوله فى غيرملكه على انه لوفعله فى ملكه لايضمن ماتلف به لانه مأذون فى فعله فلم يكن متعديا فيه ومماينبغى ان يعلم انه اذامشى الهالك عليه بعد علمه بالحفرفانه لايلزم على الحافرشئ (وموجبه) اى كل واحد من الحفرووضع الحجر (الدية على العاقلة) لانه سبب التلف وهو متعد فيه بالحفر ووضع الحجر فجعل كالمباشر للقتل فتجب فيه الدية صيانة للانفس فتكون على العاقلة لان القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطأ فيكون معذورا فتجب على العاقلة تخفيفا عنه لانى الخطأ بل اولى لعدم القتل منه مباشرة ولهذا قال (لا) تجب الكفارة فيه) وفى المجتبى وفيه ذنب الحفروالوضع فى غيرملكه دون ذنب القتل قالوا ولااثم فيه معناه لا اثم فيه اثم القتل دون اثم الحفر والوضع (وكلها) اى ماذكر من انواع القتل كالعمد وشبهه والخطأ (توجب حرمان الارث الاهذا) اى الاالقتل بسبب فانه لايوجب حرمان الارث كمالايوجب الكفارة وقال الشافعى هو ملحق بالخطأ فى الاحكام * باب مايوجب القصاص ومالايوجبه (* لمافرغ من بيان اقسام القتل وكان من جملتها العمد وهوقديوجب القصاص وقدلايوجبه احتاج الى تفصيل ذلك فى باب على حدة فقال (يجب القصاص بقتل من هومحقون الدم على التأبيد) قوله على التأبيد صفة لموصوف محذوف تقديره حقنا واحترز به عن المستأمن فان فى قتله شبهة الاباحة بالعود الى دارالحرب فلايكون محقون الدم على التأبيد وقوله (عمدا) قيد للقتل اى قتل عمد فهو منصوب على انه مفعول مطلق لبيان النوع واحترز به عن القتل الغيرالعمد فانه لايجب فيه القصاص (فيقتل الحر بالحر) لكمال المماثلة (و) يقتل (بالعبد) لقوله تع وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تع كتب عليكم القصاص فى القتلى الاية لقوله عليه السلام العمد قود ولان القود يعتمد على المساواة فى العصمة وهى اما فى الدين او الدار ولان التخصيص بالذكر فى قوله تع الحر بالحر والعبد بالعبد لاينفى ماعداه مع ان اللام لتعريف العهد لالتعريف الجنس على ماقاله ابن عباس رضى الله تع عنهما فى سبب نزول هذه الاية وعند الشافعى لايقتل الحر بالعبد لقوله تع الحر بالحر والعبد بالعبد وانت خبير بان حمل اللام فى قوله تع الحر بالحر والعبد بالعبد على العهد كماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما فى سبب النزول يحسم مادة الاستدلال بها رأسا لان مبنى استدلال الشافعى على حمل اللام للجنس وليس كذلك (والمسلم بالذمى) لعمومات الكتاب والسنة ولماروى انه عليه السلام قتل مسلما بذمى وانما اعطوا الجزية لتكون اموالهم كاموالنا ودماؤهم كدمائنا خلافا للشافعى لقوله عليه السلام لايقتل مؤمن بكافر ولانه لامساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ان المساواة فى العصمة ثابتة نظرا الى التكليف اوالدار والمبيح كفرالمحارب دون المسالم والقتل بمثله يوذن بانتفاء الشبهة والمراد بمارواه الحربى لسياقه ولاذوعهد فى عهده والعطف للمغايرة كما فى الهداية (ولايقتلان) اى المسلم والذمى (بمستأمن) لانه غير معصوم الدم على التأبيد كمامر (بل) يقتل (المستأمن بمثله) للمساواة بينهما وهو القياس وفى الاستحسان ان لايقتل

لقيام مبيح القتل فيه وفى المنح وينبغى ان يعول على الاستحسان لتصريحهم بان العمل على الاستحسان الافى مسائل مضبوطة يعمل فيها بالقياس ليست هذه المسئلة منها وقداقتصر المولى خسرو فى مختصره على القياس انتهى (و) يقتل (الذكر بالانثى) وفى النهاية وذكر صاحب الكشاف فى تفسير قوله تع والانثى بالانثى قال مالك والشافعى لايقتل الذكر بالانثى لكن هذا مخالف لعامة كتب الشافعى ومالك (و) يقتل (العاقل بالمجنون) لابعكسه (و) يقتل (البالغ بغيره) اى غيرالبالغ لابعكسه ايضا (و) يقتل (الصحيح بغيره) اى بغيرالصحيح كالاعمى والزمن (و) يقتل (كامل الاطراف بناقصها) اى بناقص الاطراف للعمومات المذكورة (و) يقتل (الفرع باصله) وان علا لعدم المسقط (لا) يقتل (الاصل بفرعه) لقوله عليه السلام لايقاد الوالد بولده فالوالد يتناول الجد من قبل الاب والام وان علا والوالدة والجدة من طرف الاب والام وان علت وهو باطلاقه حجة على مالك فى قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لايجوز له قتله وان وجده فى صف الاعداء مقاتلا اوزانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه الوارث كما فى الهداية (بل تجب الدية فى مال) الاب (القاتل) لانه قتل ابنه عمدا والعاقلة لاتعقل العمد (فى ثلاث سنين) وقال الشافعى تجب فى الحال لان التأجيل كاف للتخفيف فى حق الخاطئ وهذا عامد فلايستحقه ولنا ان المال ليس بمماثل للنفس فكان القياس ان لايكون بدلا عنها الا ان الشرع ورد به مؤجلا فلايعدل عنه (ولا) يقتل (السيد بعبده اومدبره اومكاتبه) لانه لو وجب القصاص لوجب له كما لوقتله غيره ولايجوز ان يجب له على نفسه قصاص (وعبد ولده) اى لايقتل الوالد بقتله عبد ولده لان الولد لايستوجب القصاص على الاب (وعبد بعضه له) اى ولايقتل المولى بقتل عبد بعضه له وبعضه لاخر لان القصاص لايتجزى فاذاسقط فى البعض يسقط فى الكل (وان ورث قصاصا على ابيه) بان قتل الاب ام ابنه اوقتل الاب اخا لامرأته ثم ماتت امرأته قبل ان تقتص منه فان ابنها منه يرث القصاص الذى لها على ابيه (سقط) القصاص لحرمة الابوة (ولاقصاص على شريك الاب او) المولى اوشريك (المخطئ او) شريك (الصبى او) شريك (المجنون او) شريك (كل من لايجب القصاص بقتله) كشريك الجد والام وغيرهما لمامر من انه اذا سقط فى البعض لاجل انه ملك البعض سقط فى الكل لعدم التجزى (وان قتل عبدالرهن لايقتص حتى يحضر الراهن والمرتهن) لان المرتهن لاملك له فلايلى القصاص والراهن لوتولاه يبطل حق المرتهن فى الرهن فشرط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه وقيل لايثبت القصاص لهما وان اجتمعا وقيد باجتماعهما حتى لواختلفا فلهما القيمة يكون رهنا مكانه (وان قتل مكاتب عن وفاء وله) اى للمكاتب (ارث مع سيده فلاقصاص) لان الصحابة رضى الله تع عنهم اختلفوا فى موته حرا اورقا فعلى الاول الولى هوالوارث وعلى الثانى المولى فاشتبه من له حق القصاص فارتفع (وان لم يكن له وفاء يقتص سيده) بالاجماع سواء كان مع السيد وارث اولا لانه مات عبدا بلاريب لانفساخ الكتابة بموته عاجزا فيقتص المولى (وكذا) يقتص المولى (ان كان له وفاء ولاوارث له غيرسيده) اى المكاتب عند الشيخين لان حق الاستيفاء للمولى يتعين لانعدام الوارث وتعدد السبب لايفضى تعدد الحكم ولايؤدى الى المنازعة لاتحاد الحكم للمولى (خلافا لمحمد) فان عنده لايقتص المولى لانه لايستوفى لاشتباه سبب الاستيفاء وهو الولاء ان مات حرا اوالملك ان مات (عبدا (ولاقصاص الابالسيف) سواء قتله به او بغيره لقوله عليه السلام لاقود الابالسيف والمراد به السلاح وقوله عليه السلام لاتعذبوا عباد الله وقال الشافعى يفعل بالقاتل مثل مافعل ان كان فعلا مشروعا فان مات فيها والاتحز رقبته لان مبنى القصاص على مساواة الفعل المشروع كالرجم وهو فى الجملة مشروع وغيرالمشروع كوطئ الصغيرة واللواطة بالصغير اواذاجرع احدا خمرا حتى قتله اختلف اصحاب الشافعى فيه فقال بعضهم تحز رقبته ولايفعل به مثله واما القتل بحجر مشروع فى الرجم فجاز ان يقتل به وقال بعضهم يتخذله مثال آلته من الخشب ويفعل به مثل مافعل وفى الخمر يجرع الماء حتى يموت (ولاب المعتوه ان يقتص من قاطع يده) اى المعتوه (وقاتل قريبه) يعنى اذا قطع رجل يد المعتوه عمدا وقتل قريبه كولده فولى المعتوه يعنى اباه يقتص من جانب المعتوه لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع الى النفس وهى تشفى الصدر فيليه كالانكاح (وان يصالح) اى لاب المعتوه ان يصالح القاطع على مال قدر الدية او اكثر لانه انظر فى حق المعتوه ولوصالح على اقل منه لايجوز فتجب دية كاملة (لاان يعفو) اى ليس له ولاية العفو لانه ابطال لحقه بلاعوض (والصبى كالمعتوه) لان كل ماثبت من الاحكام المذكورة لاب المعتوه يثبت لاب الصبى (والقاضى كالاب فى الصحيح) عندعدم الاب فى الاحكام المذكورة لانه نائب من السلطان والسلطان يقتص من قاتل القتيل الذى لاولى له كذا يقتصه النائب وقوله فى الصحيح احتراز عماروى عن محمد ان القاضى لايستوفى القصاص للصغير لافى النفس ولافيما دون النفس ولاان يصالح كذا فى الخانية وفى النهاية قال ابو يوسف ليس للسلطان ان يقتص اذا كان المقتول

من اهل دار الاسلام كاللقيط كما ليس له ان يعفو بغير مال لان الحق للمسلمين وقلنا للسلطان ولنائبه ولاية عامة فيلي الاستيفاء (وكذا الوصي) اي هو كالاب في جميع ذلك (الا انه لايقتص في النفس) لانه ليس له ولاية على نفسه حتى لايملك تزويجه ويدخل تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف لانه لم يستثن الا القود في النفس وفي كتاب الصلح ان الوصي لايملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور هنا ان المق من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المق منه التشفي وهو مختص بالاب ولايملك العفو لان الاب لايملكه لما فيه من الابطال فهو اولى قالوا القياس ان لايملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لايملكه في النفس لان المق متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال كذا في الهداية (ومن قتل وله اولياء كبار وصغار) بان كان للمقتول بنون صغار وكبار او اخوة صغار وكبار (فللكبار الاقتصاص من قاتله قبل كبر الصغار) عند الامام لانه حق ثابت لكل منهم على الكمال فيجوز على الانفراد واحتمال العفو من الصغير منقطع كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت (خلافا لهما) لان الحق مشترك بينهم فلا ينفرد بعضهم باستيفائه وبه قال الشافعي واحمد في رواية (ولو غاب احد الكبار ينتظر) حضوره (اجماعا) لما بينا من احتمال العفو من الكبير الغائب (ومن قتل بحديدة المر اقتص منه ان جرحه) لانه سبب ظاهر للجرح (وان) قتل (بظهره) اي بظهر المر (او عصاه فلا) يقتص لكونه غير جارح (وعليه الدية) عند الامام (وعندهما يقتص) وهو رواية عن الامام اعتبارا منه للالة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان كما في الهداية (وكذا الخلاف في كل مثقل) ان كان مما لايطيقه الانسان (وفي التغريق والخنق) يعني لايقتص عند ابي حنيفة خلافا لهما لوجود القتل بغير حق وهو مذهب الشافعي وله ان القصاص يتعلق بالعمد المحض وهو ان يقتل بالة جارحة تعمل في نقض البنية ظاهرا وباطنا ولم يوجد والقود يستوفى بالسيف وفيه جرح الظاهر والباطن فلا يتماثلان وكذا لايقتص في القتل بتغريق ان كان الماء كثيرا بحيث لايمكنه النجاة بالسباحة كالبحر خلافا لهما وهو قول الشافعي فعنده يغرق ان كان كثيرا يمكنه النجاة بالسباحة فهو شبه العمد عندنا وان كان قليلا لايقتل به غالبا فلا يقتص فيه بالاتفاق كما في شرح الوقاية لابن الشيخ وفي المنح وان سبح ساعة فلا دية فيه وان القاه من سطح او جبل او بئر ويرجى نجاته غالبا فهو خطأ العمد والا فعلى الخلاف ولو اجرعه سما كرها او ناوله واكرهه على شربه فلا قود فيه والدية على عاقلته وقيل هو على الخلاف المعروف اذا كان السم مقدار مايقتل غالبا وان ناوله فشرب من غير اكراه فلا قصاص فيه ولا دية علم الشارب به او لم يعلم ولو ادخله بيتا فمات فيه جوعا لم يضمن شيئا عند الامام وعندهما تجب الدية واو دفنه حيا فمات يقاد به (وان تكرر القتل بالمثقل والتغريق والخنق (منه) اي من القاتل (قتل به) اي بالقتل المكرر (اجماعا) لكن قال صاحب الاختيار وان تكرر منه ذلك فللامام قتله سياسة لانه سعى في الارض بالفساد (ولا قصاص في القتل بموالاة ضرب السوط) وقال الشافعي فيه القصاص لان الموالاة في ضرب السوط الى ان مات دليل العمدية فيتحقق موجب العمد وهو القصاص ولنا ماروى الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان هذه الالة غير موضوعة للقتل (ومن جرح) اي عمدا (فلم يزل ذا فراش حتى مات اقتص من جارحه) لوجود السبب وعدم مايبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه كما في الهداية (واذا التقى الصفان من المسلمين واهل الحرب فقتل مسلم مسلما ظنه حربيا فعليه الدية والكفارة لا القصاص) لان هذا احد نوعي الخطأ والخطأ بنوعيه لايوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على مانطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على يمان بن حذيفة قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية قالوا انما يجب اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لايجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم (ومن مات بفعل نفسه وزيد وحية واسد) يعني من شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك (فعلى زيد ثلث ديته) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه جنس آخر لكونه هدرا في الدنيا معتبرا في الاخرة حتى يأثم به بالاتفاق ولا يصلى عليه عند ابي يوسف ويغسل فقط وفعل زيد معتبر في الدنيا والاخرة فصارت ثلاثة اجناس ويوزع دية النفس اثلاثا فيكون اتلف بفعل زيد ثلثها فعليه ثلث الدية في ماله لانه عمد والعاقلة لاتعقل فيه يفهم من هذا الكلام ان يكون المقتول عاقلا بالغا ولايلحق فعله بفعل الاسد والحية فيكون فعله هدرا كفعلهما وكذا يفهم ان لايتفاوت في جانب الاسد والحية زيادة من وطئ فرسه حيث يكون فعل هذه الثلاثة جنسا واحدا لكونه هدرا مطلقا ايضا حتى لاينقص انضمام الفرس اليهما عن الثلث الواجب على زيد (ومن شهر على المسلمين سيفا وجب قتله) لقوله عليه السلام

من شهر على المسلمين سيفا فقد احل دمه اي اهدره ولان دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله اذا لم يمكن دفعه الا به (ولا شيء بقتله) لانه باغ سقطت عصمته ببغيه فلم يلزم على القاتل قصاص ولا دية ولا كفارة ولا يختلف بين ان يكون بالليل او بالنهار في مصر او غيره (ولا شيء في قتل من شهر على اخر سلاحا ليلا او نهارا في مصر او غيره او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في غيره فقتله المشهور عليه) لان السلاح لايلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل فلا يختلف الحكم فيه بالنهار او الليل او المصر او غيره هذا في السلاح واما العصى فكالسلاح ان كانت خارج المصر لافرق فيها بين الليل والنهار لانه لايلحقه الغوث ح فكان له دفعه بالقتل بخلاف ما اذا كان في المصر فجواز الدفع بالقتل مشروط بان يكون بالليل اما اذا كانت العصى في المصر نهارا فلا يجوز له الدفع بالقتل كما سيأتي في المتن (ولا شيء (على من) اي شخص (قتل) اي ذلك الشخص (من) اي شخصا آخر (سرق متاعه ليلا واخرجه ان لم يمكنه الاسترداد بدون القتل) لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وهذا اذا كان لايتمكن من الاسترداد الا بالقتل كما في الهداية وغيرها اما اذا امكن الاسترداد بدون القتل كالتهديد والصياح وقتله مع ذلك يجب عليه القصاص لانه قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه اذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص لانه يقدر على دفعه بالاستعانة من المسلمين والحاكم فلا تسقط عصمته بخلاف السارق الذي لايندفع الا بالقتل كذا في الزيلعي وشرط الاخراج لانه مالم يخرج المتاع لم يكن سارقا والذي في اكثر الكتب انه اذا قصد الاخذ ولا يتمكن من دفعه الا بالقتل فلا شيء بقتله وعلى هذا لافرق بين القتل بعد الاخراج او قبل الاخراج حيث انه في الصورتين ان امكن الدفع او الاسترداد بدون القتل لايقتل وان لم يمكن يجوز له القتل فلا فائدة يعتد بها ح بقيد الاخراج فتأمل (ويجب القصاص على قاتل من شهر عصا نهارا في مصر) لانه يلبث فيمكن ان يلحقه الغوث ويفرق بين العصى التي تلبث والتي لاتلبث بالصغر والكبر فعند الامامين العصى التي لاتلبث مثل السلاح في الحكم حيث لم يفرق فيها بين الليل والنهار والمصر وغيره (لو شهر سيفا وضرب به ولم يقتل ورجع) عطف على قوله شهر عصا يعني يجب القصاص اذا شهر رجل على رجل سلاحا فضربه الشاهر ولم يقتله وانصرف ثم ان المشهور عليه ضرب الشاهر فقتله لعصمة دم الشاهر بالانصراف لان هدر دمه كان باعتبار شهره وضربه فاذا انصرف عن ذلك عاد الى ما كان عليه من العصمة فيقتص من قاتله لانه قتل رجلا معصوم الدم (ولو شهر مجنون او صبي على اخر سيفا فقتله الاخر عمدا فعليه الدية في ماله ولو قتل جملا صال عليه ضمن قيمته) وعن ابي يوسف لاتجب الدية في الصبي والمجنون ويجب الضمان في الدابة وقال الشافعي لايجب في الكل لانه قتله دفعا عن نفسه ولنا ان الفعل من هذه الاشياء غير متصف بالحرمة فلم يقع بغيا فلا تسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح ولهذا لايجب القصاص على الصبي والمجنون بقتلهما ولا الضمان بفعل الدابة واذا لم يسقط كان قضيته ان يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة الا انه لايجب القصاص او جود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية في الادمي والقيمة في الدابة

* باب القصاص فيما دون النفس *

(لما فرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس اذ الجزء يتبع الكل (هو) اي القصاص فيما دون النفس (فيما يمكن فيه) الضمير في فيه يرجع الى ما وهي نكرة موصوفة عبارة عن فعل الجناية (حفظ المماثلة) وكل ما امكن رعايتها فيه يجب القصاص ومالا فلا (اذا كان عمدا فيقتص بقطع اليد من المفصل) لا فيما اذا قطع من نصف الساعد حيث لايمكن فيه رعاية المماثلة كما سيأتي (وان) وصلية (كانت اكبر من يد المقطوع) لان منفعة اليد لاتختلف بذلك وانما اعتبر الكبر والصغر في شجة الرأس اذا استوعبت رأس المشجوج وكان رأس الشاج اكبر من رأسه لعدم المماثلة فيهما اذ المعتبر في ذلك هو الشين دون المنفعة بخلاف قطع اليد فان الشين فيه لايختلف ولهذا خير بين الاقتصاص واخذ الارش (وكذا الرجل) اذا قطعت من المفصل للمماثلة لا من نصف الساق حيث لايمكن المماثلة ايضا كما سيأتي (وكذا في مارن الانف وفي الاذن) اذا قطعها عمدا فيقتص من القاطع لا في قصبة الانف لعدم امكان رعاية المماثلة (و) كذا يقتص (في العين ان ذهب ضوءها) بضرب او غيره (وهي قائمة) اي والحال ان العين قائمة وقوله بضرب او غيره اي بحيث لم تدمع اذا كانت مفتوحة مقابلة للشمس او لم تهرب من الحية او قال ذلك طبيبان وفيه رمز الى انه لو ابيض بعض الناظرة او اصابها قرحة او سبل او شيء مما يقبح بالعين ليس فيه قصاص بل حكومة عدل والى انه لو ذهب بياضه ثم ابصر لم يكن عليه شيء قالوا وهذا اذا صار كما كان واما اذا عاد دون ذلك ففيه حكومة عدل والى انه اذا كان عين المجني عليه اكبر من عين الجاني او اصغر فهو سواء وكذا اليدان والرجلان وكذا اصبعهما ويؤخذ ابهام اليمنى باليمنى والسبابة بالسبابة والوسطى بالوسطى ولا يؤخذ شيء من الاعضاء اليمنى الا باليمنى ولا اليسرى الا باليسرى فالحاصل انه لايؤخذ شيء من الاعضاء الا بمثله من القاطع ومن قطع يدا اظفرها مسود او بها جراحة لايوجب نقصانا دية اليد

يجب القصاص كما فى المنح (لا) يقتص (ان قلعت) العين وذهب نورها اذ رعاية المماثلة فى القلع والانخساف غير
ممكن (فيجعل على الوجه قطن رطب وتقابل العين بمرآة محماة حتى يذهب ضوءها) وانما جعل هذا الوجه
اصيانة الوجه والعين الاخرى عن الضرر (و) يقتص (فى كل شجة تراعى فيها المماثلة كالموضحة) وهى
ان يظهر العظم كما سيأتى (ولا قصاص فى عظم سوى السن) لتعذر استيفاء المثل لانه يحتمل الزيادة والنقصان
ولقوله عليه السلام لاقصاص فى العظم وقال عمر وابن مسعود رضى الله تع عنهما لاقصاص فى عظم الا فى السن
وهو المراد بالحديث فان كان السن عظما فالاستثناء متصل وان كان غير عظم فمنقطع وقد اختلف الاطباء
فى ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم والى هذا ميل
المص (فيقلع) من الضارب (ان قلع) سن المضروب سواء كان بينهما تفاوت فى الصغر والكبر اولا لان منفعة السن
لاتختلف بهما (ويبرد) بالمبرد (ان كسر) الى ان يتساويا لتحقق المماثلة فى الكسر كما قال الله تع والسن بالسن قيل
لاتقلع بالقلع بل تبرد الى ان تنتهى الى اللحم ويسقط ماسواه (ولا) قصاص (بين طرفى ذكر وانثى وحر وعبد
ولا فى) طرفى (عبدين) فى القطع والقتل ونحوهما لانعدام المماثلة فى الاطراف عندنا لانها يسلك بها مسلك الاموال
فيثبت التفاوت بينهما فى القيمة وعند الشافعى يجب القصاص فى جميع ذلك اعتبارا للاطراف بالانفس لكونها
تابعة لها (ولا فى قطع يد من نصف الساعد) لماسلف من عدم امكان المماثلة ولاقصاص (فى جائفة برئت)
والجائفة هى الطعنة التى بلغت الجوف وانما قال برئت لان البرء فيها نادر فالظ ان الثانى يفضى الى الهلاك فلا يمكن
رعاية المماثلة بخلاف ما اذا لم يبرأ فانها اماسارية فيجب الاقتصاص واما ان لا تسرى بعد فينتظر الى ان يظهر
الحال من البرء او السراية (ولا) قصاص (فى) قطع (اللسان ولا فى الذكر) عندنا حيث يجرى فيهما الانقباض
والانبساط فلا يمكن المماثلة فى الاستيفاء (الا ان قطعت الحشفة فقط) فح يقتص لان موضع القطع معلوم فصار
كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص عليه لان البعض لايعلم مقداره والشفة ان استقصاها
بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها وعن ابى يوسف
ان قطع من الاصل يقتص لامكان اعتبار المماثلة (وطرف المسلم والذمى سواء) للتساوى بينهما فى الارش (وخير المجنى
عليه بين القصاص واخذ الارش لو كانت يد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع) لتعذر استيفاء حقه بكماله فيخير بين
ان يتجوز بدون حقه فى القطع وبين ان يأخذ الارش كاملا كمن اتلف مثليا لانسان فانقطع عن ايدى الناس ولم يبق
الا الردى فانه يخير بين ان يأخذ الموجود ناقصا وبين ان يأخذ القيمة ثم اذا استوفى القصاص سقط حقه فى الزيادة
وقال الشافعى يضمنه النقصان وتمامه فى المنح فليطالع (او) كان (رأس الشاج اصغر او اكبر بحيث (لاتستوعب الشجة
(مابين قرنيه) اى ما بين ناحيتى رأسه (وقد استوعبت) الشجة (مابين قرنى المشجوج) فقوله لاتستوعب آه قيد لكون
رأس المشجوج اكبر فان الشجة انما كانت موجبة لكونها مشينة فيتعذر الاستيفاء كما اذا كان رأس المشجوج اكبر
ورأس الشاج اصغر لما فيه من زيادة الشين فيخير ان شاء اخذ ارشها وان شاء اقتص ويسقط حقه فى الزيادة واما الثانى
وهو ما اذا كان رأس الشاج اكبر ورأس المشجوج اصغر فان الشين يزداد بازدياد الشجة فيزيد بالاستيفاء على فعله
واستيفاء قدر حقه لايلحق الشاج من الشين ما يلحق المشجوج فلهذا قلنا بالخيار *) فصل * لما كان سقوط القصاص
والصلح عنه بعد تحقق الجناية واحكامها عقد هذا الفصل لذلك ليميز مسائله عما سبق بيانه من الجنايات بانواعها
فقال (ويسقط القصاص بموت القاتل) لفوات المحل (وبعفو الاولياء وبصلحهم على مال وان قل) المال لانه حقهم
فيجوز تصرفهم فيه كيف شاؤا (ويجب) المال المصالح عليه (حالا) يعنى اذا صالح الاولياء على مال عن القصاص
وجب المال المصالح عليه قليلا كان او كثيرا حالا وان لم يذكروا الحلول والتأجيل لانه مال واجب بالعقد والاصل
فى امثاله الحلول كالمهر والثمن ومشروعية الصلح ثابتة بقوله تعالى فمن عفى له من اخيه شئ وقال ابن عباس رضى الله
تعالى عنهما نزلت هذه الاية فى الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين بين ان يأخذوا المال وبين
ان يقتلوا فالمراد اخذ المال برضى القاتل وهو معنى الصلح ولانه حق ثابت للاولياء يجوز لهم التصرف فيه باسقاطه
مجانا وهو العفو وبعوض وهو معنى الصلح بخلاف حد القذف لان الغالب فيه حق الله فلا يجرى فيه العفو
فكذا التعويض وانما كان القليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه شئ مقدر شرعا فيفوض الى رضاهما كالخلع
وبدل الكتابة والاعتاق على مال بخلاف ما اذا كان القتل خطأ فانه لايجوز الصلح باكثر من الدية لانه دين ثابت
فى الذمة مقدر بقوله تع ودية مسلمة الى اهله فيكون اخذ اكثر منه ربوا ويسقط القصاص (بصلح بعضهم) اى
الاولياء (او عفوه) اى البعض لان كل واحد منهم يتمكن من التصرف فى نصيبه استيفاء واسقاطا بالعفو او الصلح

لانه تصرف فى خالص حقه ومن ضرورة سقوط حق البعض فى القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لايتجزى
بخلاف ما لو قتل رجلين فعفى اولياء احدهما حيث يكون لاولياء الاخر قتله لان الواجب فيه قصاصان لاختلاف
القتل والمقتول فبسقوط احدهما لايسقط الاخر (ولمن بقى) من الاولياء (حصته من الدية فى ثلاث سنين على القاتل
هو الصحيح) لان استيفاء القصاص تعذر لمعنى فى القاتل وهو ثبوت عصمته بعفو البعض فيجب المال كما فى الخطأ فان
العجز عن القصاص ثمة لمعنى فى القاتل وهو كونه خاطئا ولاحصة للعافى لاسقاط حقه (وقيل على العاقلة) والصحيح
هو الاول لان القتل عمد والعاقلة لاتتحمل العمد (ولو قتل حر وعبد شخصا فامر الحر وسيد العبد رجلا بالصلح عن دمهما
بالف فصالح فهى نصفان) يعنى اذا قتل حر وعبد رجلا عمدا حتى وجب عليهما الدم فامر الحر ومولى العبد رجلا ان
يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف على الحر ومولى العبد نصفان لانه مقابل بالقصاص وهو عليهما على
السواء فيقسم بدله عليهما على السواء ولان الالف وجب بالعقد وهو مضاف اليهما فينتصف موجبه
وهو الالف (ويقتل الجمع بالفرد) والقياس ان لايقتل لعدم المساواة وترك القياس باجماع الصحابة رضى الله عنهم
روى ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضى الله تع عنه وقال لو اجتمع عليه اهل صنعاء لقتلتهم
ولان زهوق الروح لايتجزى واشتراك الجماعة فيما لايتجزى يوجب التكامل فى حق كل واحد منهم فيضاف
الى كل واحد منهم كملا كانه ليس معه غيره كولاية الانكاح فى باب النكاح ثم اعلم انه لابد فى المتن من قيد ان يجرح
كل واحد جرحا مهلكا لان زهوق الروح يتحقق بالمساواة كما فى تصحيح القدورى للشيخ قاسم حتى اذا لم يجرح
كل واحد جرحا مهلكا لايقتل قال الزاهدى فى المجتبى انما يقتل جميعهم اذا وجد من كل واحد منهم جرح يصلح
لزهوق الروح فاما اذا كانوا نظارة او مغرين او معينين بالامساك والاخذ لاقصاص عليهم انتهى ويدل عليه
قول الزيلعى فى تعليل وجوب قتل الجمع بالفرد لان زهوق الروح لايتجزى واشتراك الجماعة فيما لايتجزى
يوجب التكامل فى حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كانه ليس معه غيره انتهى (و) يقتل
(الفرد بالجمع اكتفاء ان حضر اولياؤهم) اى يكتفى بقتل الفرد حيث لاتجب الدية عندنا خلافا للشافعى لانه
يقتل بالاول ويجب المال للباقين ان علم اول من قتل وان لم يعلم اول المقتولين يقتل لهم وقسمت الديات بينهم
وقيل يقرع فيقتل لمن خرجت قرعته فيجب المال للباقين (وان حضر واحد) من الاولياء (قتل له) اى لذلك
الواحد الحاضر (وسقط حق) اولياء (البقية) وهو القصاص عندنا لفوات المحل فصار كموت العبد الجانى
(ولاتقطع يدان بيد وان امرا سكينا فقطعا معا بل يضمنان ديتها) يعنى لاتقطع يدا رجلين بيد رجل امرا سكينا واحدا
على يد فقطعت وضمنا دية واحدة على المناصفة عندنا لان كل واحد قاطع بعض اليد فلا مماثلة لان الانقطاع
حصل باعتماد يديهما على السكين عند الامرار والمحل متجز فيضاف البعض الى كل واحد بخلاف النفس لان
زهوق الروح لايتجزى وعند الشافعى يقطع يداهما قياسا بالانفس لكون الطرف تابعا لها او زجرا لهما وقيل
عند الشافعى يقطع يد احدهما بالقرعة وعلى الاخر الدية قيل لو وضع احدهما السكين من جانب والآخر وضع
السكين الآخر من جانب وامراحتى التقى السكينان لايجب القصاص اتفاقا لان كلا منهما قاطع للبعض (فان قطع رجل
يمينى رجلين) سواء قطعهما معا او على التعاقب (فلهما قطع يمينه ودية يديهما) وهو نصف دية النفس فيقسم
بينهما نصفين (ان حضرا معا) لان المماثلة مرعية بالقيمة فى الاطراف وعند الشافعى يقطع بالاول فى التعاقب
وللثانى الارش ويقرع بينهما فى القران والقصاص لمن خرجت قرعته وللاخر الارش (وان حضر احدهما)
اى احد المقطوعين (وقطع) القاطع عند حضوره (فللاخر الدية) اى دية واحدة لان للحاضر ان يستوفى
لثبوت حقه وتردد حق الغائب بين ان لايطلب او يعفو مجانا او يصالح فاذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين
حق الاخر فى الدية لانه اوفى به حقا مستحقا (وصح اقرار العبد بقتل العمد ويقتص به) عندنا لانه غير متهم فيه
لانه مضر بالعبد فيقبل قوله ولان العبد مبقى على اصل الحرية فى حق الدم عملا بالادمية سواء كان مأذونا او محجورا
حتى لايجوز اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمان فلا يبالى به خلافا لزفر
اذ عنده لايجوز اقراره لانه يؤدى الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار بالقتل خطأ او بالمال (ومن رمى رجلا عمدا
فنفذ الى اخر) عمدا (فانا اقتص للاول) لانه عمد (وعلى عاقلته الدية للثانى) لانه احد نوعى الخطأ كانه رمى الى صيد
فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر *) فصل (* (ومن قطع يد رجل ثم قتله اخذ بهما مطلقا) اى سواء كانا
عمدين او خطائين او مختلفين (ان تخلل بينهما برء) فيجب القطع والقتل فى العمدين ودية ونصف دية فى الخطائين
والقطع والدية اذا كان القطع عمدا والقتل خطاء والقصاص ونصف الدية فى عكسه والاصل فيه ان الجمع

بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل فى الاعم يقع بضربات متعاقبة وفى اعتبار كل ضربة بنفسها
(بعض الجرح) الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه لتخلل البرء بينهما وهو قاطع للسراية فى العمدين
والخطائين ولاختلاف حكم الفعلين وتخلل البرء بينهما ايضا فى المختلفين (والا) اى وان لم يتخلل بينهما برء
(فان اختلفا عمدا وخطأ) بان كان القطع عمدا والقتل خطأ او بالعكس (اخذ بهما) ايضا فيجب القطع والدية
فى الاول والقصاص ونصف الدية فى الثانى لتعذر الجمع لاختلاف الجنايتين لكون احدهما عمدا والاخر خطأ
(لا) يؤخذ بهما (ان كانا خطائين) ولم يتخلل بينهما برء (بل تكفى دية واحدة) اعنى دية القتل لان دية القطع انما
تجب عند استحكام اثر الفعل وهو ان يعلم عدم السراية (وفى العمدين) اللذين لم يتخلل بينهما برء (يؤخذ بهما)
فيجب القطع والقتل عند الامام (وعندهما) لا يقطع (بل يقتل فقط) فيدخل جزاء القطع فى جزاء القتل لان
الجمع بينهما ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين هذين
الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة فى الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو
متعذر (ولو ضرب به مائة سوط فبرء من تسعين ومات من عشرة وجب دية) واحدة (فقط) عند الامام لانه لما
برئ منها لا تبقى معتبرة فى حق الارش وان بقيت معتبرة فى حق التعزير للضارب فبقى الاعتبار للعشرة
وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل الامام وعن ابى يوسف فى مثله حكومة عدل وعن
محمد انه تجب اجرة الطبيب وثمن الادوية كما فى الهداية (وان جرحته) اى جرحت المضروب مائة سوط (وبقى
لها الاثر) اى اثر الجراحة بعد البرء (ولم يمت تجب حكومة عدل) عند الامام لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار
معنى الاثر فى النفس وان لم يبق لها اثر لا يجب شئ عنده (ومن قطعت يده عمدا فعفى) المقطوع (عن القطع
فمات منه) اى من القطع (فعلى قاطعه الدية فى ماله) عند الامام لانه عفى عن القطع وهو غير القتل فلما سرى تبين
انه القتل لا القطع فيجب ضمان القتل لان حقه فيه هذا فى القياس الا ان الدية وجبت استحسانا لان صورة العفو مورثة
للشبهة (وعندهما هو) اى عفو المقطوع عفو (عن النفس) فلا يلزم على القاطع شئ اذ العفو عن القطع عفو
عن موجبه وهو احد الامرين هو القطع ان لم يسر او القتل ان سرى (وان عفا) المقطوع (عن القطع
وما يحدث منه) اى من القطع (او) عفا (عن الجناية) عمدا (فهو عفو عن النفس اجماعا) لكون الجناية جنسا متناولا
للسارية والمقتصرة ثم مات من ذلك لا شئ عليه (والعمد من كل المال والخطأ من ثلثه) اى ثلث المال يعنى
ان كان القطع عمدا وعفا عنه كان من كل المال لان موجبه قود وهو ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة فيصح العفو
عنه على الكمال وان كان خطأ وعفى عنه فهو عفو عن الدية فيعتبر من ثلث المال لان الدية مال وحق الورثة
يتعلق بها والعفو وصية فيصح من الثلث (والشج كالقطع) اى العفو عن الشجة كالعفو عن القطع فاذا عفا
المشجوج عن الشجة فمات منها يضمن شاجه ارشه عند الامام لان العفو مورث للشبهة فلا يضمن القتل وعندهما لا يجب
شئ اذ العفو عن الشجة عفو عن موجبه هو الارش ان لم يسر او القتل ان سرى ولو عفى عن الشجة فهو عفو
عن النفس وكذا لو عفا عن الشجة وما يحدث منها فهو عفو عن النفس ولو عفا عن الشجة خطأ فهو عفو
معتبر من الثلث ولو عفا عن الشجة عمدا فهو عفو مجانا (وان قطعت امرأة يد رجل فتزوجها على) موجب (يده
ثم مات) المقطوع يده (فعليه مهر مثلها وعليها الدية فى مالها ان) قطعت (عمدا وعلى عاقلتها ان) قطعت (خطأ)
هذا عند الامام لان العفو عن اليد او القطع لا يكون عفوا عن ما يحدث منه عنده ثم ان كان القطع عمدا كان تزوجها
على القصاص فى الطرف وليس بمال على تقدير الاستيفاء فعلى تقدير السقوط اولى فلا يصلح للمهر فيجب لها عليه
مهر المثل فان قيل قد سبق ان القصاص لا يجرى بين الرجل والمرأة فى الطرف فكيف يصح تزوجها عليه
اجيب ان الموجب الاصلى للعمد هو القصاص لاطلاق قوله تع والجروح قصاص وانما سقط للتعذر ثم تجب
عليها الدية لان التزوج وان تضمن العفو لكن عن القصاص فى الطرف فاذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو
فتجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس وهو فى مالها لانه عمد والعاقلة لا تتحمله فاذا وجبت له الدية ولها المهر
تقاصا ان استويا وان فضلت الدية ترده على الورثة وان فضل المهر ترده الورثة عليها وان كان القطع خطأ
يكون تزوجها على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا
تزوجها على ما فى يده ولا شئ فيها والدية واجبة بنفس القتل لانه خطأ ولا تقع المقاصة لان الدية على العاقلة
قيل ينبغى ان تقع المقاصة على القول المختار فى الدية وهو عدم وجوبها على العاقلة بل على القاتل (وان تزوجها
على اليد وما يحدث منها) يعنى السراية (او على الجناية ثم مات) من ذلك القطع (فعليه مهر المثل فى العمد)

لان هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا كما لو تزوجها على خمر او خنزير (ويرفع عن العاقلة
مقداره) اى مقدار مهر مثلها (فى الخطأ) ان كان مهر المثل اقل من الدية (والباقى) من الدية (وصية لهم) اى
للعاقلة (فان خرج) الباقى (من الثلث سقط والا) اى وان لم يخرج الباقى من الثلث (فقدر ما يخرج منه) لانه تزوج
على الدية وهى تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه وان كان مريضا مرض الموت لكن
التزوج من الحوائج الاصلية ولا تصح فى حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية والدية تجب على العاقلة
وقد صارت مهرا فيسقط كلها عنهم ان كان مهر مثلها مثل الدية او اكثر (وكذا الحكم عندهما فى الصورة الاولى)
اى فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما فى الفصلين اى الخطأ
والعمد (ومن قطعت يده فمات بعد ما اقتص له من القاطع قتل قاطعه) يعنى لو ان رجلا قطع يد رجل فاقتص له
بان قطع يده ثم مات المقطوع الاول منه قبل المقطوع الثانى قتل المقطوع الثانى به وهو القاتل الاول قصاصا
لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود اذا استوفى طرف
من عليه القصاص وعن ابى يوسف انه يسقط حقه فى القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه
ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه اى من المقطوع الاول ان حقه فيه وبعد السراية يتبين انه فى القود فلم يكن
مبرءا عنه بدون العلم به (ومن قتل له ولى عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا عن القتل فعليه) اى قاطع اليد (دية اليد)
عند الامام لانه استوفى غير حقه لان حقه فى القتل وهذا قطع وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط
للشبهة واذا سقط وجب المال (ومن قطعت يده فاقتص من قاطعها) بنفسه بلا حكم حاكم كما فى الدرر (فسرى)
القطع (الى نفسه فعليه) اى على المقتص (دية النفس) عند الامام لان حقه فى القطع لا فى القتل ولما سرى
كان قتلا لا قطعا فصار فعله بغير حق وما يتقيد بوصف السلامة هو من الواجبات كالرمى الى الحربى
وما نحن فيه ليس منها اذ العفو مندوب لكن لم يجب القصاص لاندرائه بشبهة فانقلب الى الدية (خلافا لهما
فيهما) اى فى هذه المسئلة والمسئلة التى قبلها اما فى الاولى فلان اقدامه على القطع دليل على انه ابرأه عن غيره واما فى
هذه المسئلة فلانه استوفى حقه وهو القطع فسقط حكم السراية اذ الاحتراز عن السراية خارج عن
وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة لما فيه من سد باب القصاص كالامام والقاضى اذا قطع يد السارق فسرى
الى النفس ومات وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان كما لو قال اقطع يدى فقطعها ومات وفى المنح
وضمان الصبى اذا مات من ضرب ابيه (او وصيه تأديبا عليهما) اى على الاب والوصى عند الامام كضرب
معلم صبيا او عبدا بغير اذن ابيه ومولاه وان كان الضرب باذنهما لا ضمان وكذا يضمن زوج امرأة ضربها
تأديبا ※) باب الشهادة فى القتل واعتبار حاله (※ لما كانت الشهادة فى القتل امرا متعلقا بالقتل اوردها
بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشئ كان ادنى درجة من نفس ذلك الشئ (القود يثبت للوارث) بطريق
الخلافة (ابتداء لا بطريق الارث) عند الامام لانه يثبت بعد الموت والميت ليس اهلا لان يملك شيئا الا ما له اليه
حاجة كالمال مثلا ولهذا يجهز وتقضى ديونه وتنفذ وصاياه من ماله وطريق ثبوته الخلافة وعندهما بطريق
الارث والفرق بينهما ان الوراثة تستدعى سبق ملك المورث ثم الانتقال منه الى الوارث والخلافة لا تستدعى ذلك
فالمراد بالخلافة ههنا ما ذكره صدر الشريعة ان يقوم شخص مقام غيره فى اقامة فعله ففى القتل اعتدى القاتل
على المقتول بمثل ما اعتدى عليه لكنه عاجز عن اقامته فالورثة قاموا مقامه من غير ان يكون المقتول ملكه ثم انتقل
منه الى الورثة (فلا يكون احدهم) اى احد الورثة (خصما عن البقية فيه) اى فى اثبات فعل القصاص بغير وكالة
منهم فاذا اقيم القصاص اقيم بجميعهم (بخلاف المال) لان الميت اهل لان يملك المال ولذا لو نصب شبكة وتعلق
به صيد بعد موته يملكه وعندهما يثبت بطريق الوراثة (فلو اقام احد ابنين حجة بقتل ابيهما عمدا والاخر غائب
لزم اعادتها) اى اعادة الحجة (بعد عود الغائب) ليتمكن من الاستيفاء عند الامام وحاصله انه ليس للحاضر ان يستوفى
القصاص قبل عود الغائب بل اذا اقام الحاضر البينة يحبس القاتل لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس فان عاد
الغائب فليس لهما ان يقتلاه بتلك البينة بل لا بد لهما من اعادة البينة (خلافا لهما) اى قالا لا يلزم اعادتها بعد عود
الغائب بل يحبس ايضا اذا اقام الحاضر البينة فاذا عاد الغائب فلهما ان يقتلاه بتلك البينة (وفى) قتل (الخطأ
والدين لا تلزم) اعادة البينة اذا جاء الغائب بعد اقامة الحاضر لان هذا لا يوجب القود بل يوجب الدية فطريق
ثبوته الوراثة اجماعا وحاصل الكلام ان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يدعى مالا للميت او عليه كما اذا
ادعى احد الورثة شيئا من تركة الميت على احد واقام عليه بينة يثبت حق الجميع بلا حاجة الى الدعوى والاثبات

من الباقين وكذا اذا ادعى احد على احدهم شيئا من التركة واقام عليه بينة يثبت على جميعهم بلا حاجة الى الدعوى
والاثبات على الباقين (ولو برهن القاتل على عفو) الوارث (الغائب فالحاضر خصم) عن الغائب (و يسقط القود)
اى لو اقام القاتل البينة على الوارث الحاضر ان الوارث الغائب قد عفا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فتقبل
بينة العفو عليه لانه يدعى على الحاضر سقوط حقه فى القصاص وانتقاله الى المال فاذا قضى عليه يصير الغائب
مقضيا عليه تبعا و يسقط القود عن القاتل لعدم التجزى و ينقلب الى الدية (وكذا اذا قتل عبد رجلين واحدهما
غائب) فاقام القاتل بينة على الحاضر ان شريكه الغائب قد عفا عنه ينتصب الحاضر خصما و يسقط
القود لما بين آنفا (ولو شهد وليا قصاص بعفو اخيهما لغت) تلك الشهادة يعنى اذا كان اولياء المقتول ثلاثة فشهد
اثنان منهما على الثالث انه عفا فشهادتهما باطلة لانهما يجران الى انفسهما نفعا وهو انقلاب القود مالا وهو
عفو منهما لانهما زعما ان القصاص قد سقط وزعمهما معتبر فى حق انفسهما وهذه المسئلة على وجوه اربعة
ذكر الاول بقوله (فان صدقهما) اى الوليين (القاتل فقط) وكذبهما المشهود عليه (فالدية بينهم اثلاثا) لانه بتصديقه
اياهما اقر لهما بثلثى الدية فلزم وادعى بطلان حق الشريك فلم يصدق فتحول مالا وغرم القاتل الدية اثلاثا
وذكر الثانى بقوله (وان كذبهما) القاتل بعد ان كذبهما الولى المشهود عليه بالعفو (فلا شئ لهما) اى للوليين
الشاهدين (ولاخيهما ثلث الدية) لانهما بشهادتهما عليه بالعفو اقرا ببطلان حقهما فى القصاص فصح اقرارهما
فى حق انفسهما وادعيا انقلابه مالا فلا تصدق دعواهما الا ببينة وللولى المشهود عليه ثلث الدية لان دعواهما
عليه العفو وهو ينكر فينقلب نصيبه مالا لان سقوط القصاص مضاف اليهما وذكر الثالث بقوله (وان صدقهما
اخوهما فقط) دون القاتل (غرم القاتل له) اى للاخ (ثلث الدية) يعنى يغرم القاتل ثلث الدية وهو نصيب الشريك
(ثم يأخذانه) اى يأخذ المخبران الثلث (منه) اى من الشريك المصدق لان زعم الشريك انه عفا بتصديق المخبرين
فلا شئ له على القاتل ولهما على القاتل ثلث الدية وما فى يد الشريك وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس
حقهما فيصرف اليهما لاقراره لهما بذلك كمن قال لفلان على الف درهم فقال المقر له ليس ذلك لى وانما هو
لفلان فان ذلك يصرف اليه فكذا هذا وهذا كله استحسان والقياس ان لا يلزم القاتل شئ لان ما ادعاه الشاهدان
على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل باقراره بالعفو لكونه تكذيبا له وجوابه
ان القاتل بتكذيبه للشاهدين قد اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص قد سقط بشهادتهما كما
اذا عفا والمقر له ما كذب القاتل حقيقة بل اضاف الوجوب الى غيره فجعل الواجب للشاهدين وفى مثله لا يرتد
الاقرار كمن قال لفلان على كذا فقال المقر له ليس لى ولكنه لفلان على ما بينا كما فى التبيين (وان اختلف شاهدا
القتل فى زمانه) اى زمان القتل (او مكانه او فى آلته) بان قال احدهما قتله بعصا وقال الاخر قتله بالسيف (او قال احدهما
قتله بعصا وقال الاخر لا ادرى بماذا قتله بطلت) شهادتهما لان القتل لا يتكرر فالقتل فى زمان او مكان غير
القتل فى زمان اخر ومكان اخر وكذا القتل بآلة غير القتل بآلة اخرى وتختلف الاحكام باختلاف الالة فكان على كل
قتل شهادة فردت فلم تقبل ولان اتفاق الشاهدين شرط للقبول ولم يوجد ولان القاضى تيقن كذب احدهما لاستحالة
اجتماع ما ذكر واذا بين احدهما الالة وقال الاخر لا ادرى بماذا قتله فلا تقبل شهادتهما ايضا لان المطلق يغاير
المقيد لان المطلق يوجب الدية فى ماله والمقيد يوجب الدية على العاقلة فاختلف حكمهما كالصورة الاولى فلا
تقبل واما اذا شهد احدهما بالقتل معاينة والاخر على اقرار القاتل كان باطلا لاختلاف المشهود به فان احدهما
فعل والاخر قول وقد تقرر فى كتاب الشهادة انه لا يجمع بين قول وفعل وكذا تبطل الشهادة لو كمل النصاب فى كل
واحد منهما بان شهد شاهدان انه قتله يوم الجمعة واخران انه قتله يوم السبت او شهدا كذلك فى المكان لتيقن
القاضى بكذب احد الفريقين وعدم الاولوية بالقبول ولو كمل احد الفريقين دون الاخر قبل الكامل منهما لعدم
المعارض كما فى المنح (وان شهدا بالقتل وجهلا الالة) بان قالا لا ندرى باى شئ قتله (لزمت الدية) استحسانا
والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان الفعل يختلف باختلاف الالة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم
شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم فى الشهادة على
اجمالهم بالشهود عليه سترا عليه ومثل ذلك سائغ شرعا لان الشرع اجاز الكذب فى اصلاح ذات البين على
ما ورد به الحديث ليس بكذب من اصلح بين اثنين وقال خيرا فهذا مثله او احق منه فيحمل عليه وانما وجبت الدية
فى ماله دون العاقلة لان المطلق يحمل على الكامل فلا يثبت الخطأ بالشك (ولو اقر كل واحد من رجلين
بقتل زيد وقال وليه قتلتماه جميعا فله) اى للولى (قتلهما) جميعا لان تكذيب الولى فى بعض ما اقر به وهو الانفراد

بالقتل

بالقتل لا يبطل الاقرار وان كان فيه التفسيق لان فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار وكذا لو قال الولى لاحدهما انت
قتلته له ان يقتله دون الاخر ولو قال الولى فى صورة الاقرار صدقتما ليس له ان يقتل واحدا منهما لان كل واحد
منهما يدعى الانفراد بالقتل فتصديقه يوجب ذلك فصار كانه قال لكل واحد منهما قتلته وحدك ولم يشارك
فيه احد كما تقول فيكون مقرا بان الاخر لم يقتله بخلاف الاول وهو ما اذا قال قتلتماه لانه دعوى القتل من غير
تصديق فيقتلهما باقرارهما ولو اقر رجل بانه قتله فقامت البينة على اخر انه قتله كلاهما كان للولى قتل المقر دون
المشهود عليه ولو قال الولى لاحد المقرين صدقت انت قتلته وحدك كان له قتله كما اذا قال ذلك لاحد المشهود عليهما
شهدا على رجل بقتله خطأ وحكم بالدية وجاء المشهود بقتله حيا ضمنت العاقلة الولى او الشهود ورجع
الشهود على الولى والعمد كالخطأ الا فى الرجوع ولو شهدا على اقراره او شهدا على شهادة غيرهما فى الخطأ
لم يضمنا وضمن الولى الدية للعاقلة كما فى التنوير (ولو شهدا بقتل زيد عمرا) وشهد (اخران بقتل بكر اياه وادعى
وليه قتلهما لغتا) اى الشهادتان لان تكذيب الولى الشاهد فى بعض ما شهد به وهو الانفراد فى القتل يبطل
الشهادة اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول (والعبرة بحالة الرمى) لان الرمى فعل الرامى
ولا فعل له بعده يوجب اعتبار حاله فى حق الحل والضمان عند ذلك (لا الوصول) اى ليس المعتبر حالة الوصول
(فى تبدل حال المرمى) عند الامام (فلو رمى مسلما) عمدا (فارتد فوصل) السهم (اليه فمات تجب الدية) عنده لان
التضمين لورثة المرتد لكونه معصوما وقت الرمى لا القصاص لاندرائه بالشبهة فتجب الدية (خلافا لهما) اى
لا شئ على الرامى لان التلف حصل فى محل غير معصوم فيكون هدرا ولان المرمى اليه كان مبرئا بالارتداد عن
موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت (ولو رمى مرتدا فاسلم قبل الوصول لا يجب شئ اتفاقا) وكذا اذا رمى
حربيا ثم اسلم لان الرمى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك
(وان رمى عبدا فاعتق فوصل) السهم اليه بعد ما اعتق (فعليه) اى على الرامى (قيمته عبدا) عند الشيخين لانه
يصير قاتلا من وقت الرمى وقد صار هو مملوكا فى تلك الحالة فتجب قيمته (وعند محمد) عليه (فضل ما بين قيمته مرميا
وغير مرمى) لان توجه السهم عليه اوجب اشرافه على الهلاك حتى لو كانت قيمته قبل الرمى الفا و بعده ثمانمائة
يلزم الرامى مائتان وقال زفر تجب عليه الدية لان الرمى يصير علة عند الاصابة اذ علة الاتلاف لا تصير من غير
تلف يتصل به وقد تلف به الحى (وان رمى محرم صيدا فحل) من احرامه قبل الاصابة (فوصل) السهم الى الصيد
فقتله (وجب الجزاء) اذ الاعتبار بحالة الرمى (وان رماه حلال واحرم) بعد الرمى (فوصل) السهم الى الصيد فقتله
(فلا) يجب الجزاء لان رميه وقع حال كونه حلالا وان وصل اليه السهم بعد احرامه (وان رمى من قضى عليه برجم)
اى اذا قضى القاضى برجم رجل فرماه رجل (فرجع شهوده) بعد الرمى (فوصل) بعد رجوع الشهود (لا يضمن)
الرامى لما ان المعتبر حالة الرمى وهو مباح الدم فيها (ولو رمى مسلم صيدا فتمجس) اى صار مجوسيا (فوصل حل)
الصيد (وفى العكس) يعنى لو رمى مجوسى صيدا فاسلم فوصل (يحرم) لان المعتبر حالة الرمى وهو الاصل فى مسائل
هذا الباب وذلك بالاتفاق وانما عدل ابو يوسف ومحمد عن ذلك فيما اذا رمى الى مسلم فارتد والعياذ بالله تع قبل
الاصابة باعتبار انه صار مبرئا له بالردة على ما بينا فى اول هذا الفصل كما فى المنح (* كتاب الديات *) وجه المناسبة
فى ذكر الديات بعد الجنايات كون الدية احدى موجبى الجناية المشروعين للصيانة و لما كان القصاص اشد
صيانة قدم موجبه و الديات جمع دية وهو مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذى هو بدل
النفس قال المولى المعروف باخى ثم قيل لذلك المال دية تسمية بالمصدر وواوها محذوفة كذا فى المغرب (الدية
المغلظة من الابل مائة ارباعا) يعنى ان الدية المغلظة فى شبه العمد تكون اربعة انواع بينها بقوله (بنات مخاض
و بنات لبون وحقاق وجذاع) قد سبق تفسير الكل فى كتاب الزكوة (من كل) اى من كل واحدة منها (خمس وعشرون)
فيكون جملتها مائة هذا عند الشيخين (وعند محمد) وهو قول الشافعى (ثلثون حقة وثلثون جذعة واربعون ثنية) قد
سبق تفسيرها فى كتاب الزكوة (كلها) اى كل الثنيات (خلفات) بفتح الخاء المعجمة وكسر اللام والفاء جمع خلفة وهى
الحامل من النوق فيكون قوله (فى بطونها اولادها) صفة كاشفة وفى غاية البيان ان تغليظ الدية مروى عن ابن مسعود
رضى الله تعالى عنه وزيد وابى موسى الاشعرى لكن اختلفوا فى كيفية التغليظ فعند الشيخين ما ذكر اولا وعند محمد
والشافعى ما ذكر ثانيا لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد بالسوط والعصى والحجر فيه دية مغلظة من الابل
اربعون منها فى بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ من دية الخطأ المحض ودليل الشيخين قوله عليه السلام
فى نفس المؤمن مائة من الابل و وجه الاستدلال به ان الثابت عنه صلى الله تعالى عليه وسلم هو هذا و ما رواه محمد

والشافعي غير ثابت لاختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم فى صفة التغليظ فان عمر رضى الله تعالى عنه وزيد بن
ثابت والمغيرة بن شعبة رضى الله تعالى عنهم قالوا مثل ماقالا وقال على رضى الله تعالى عنه تجب اثلاثا ثلاثة وثلاثون
حقة وثلاثة وثلاثون جذعة واربعة وثلاثون خلفة وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه مثل ماقلنا ولا مدخل للرأى
فى المقادير فكان كالمرفوع وصار معارضا بمارو ياه واذا تعارضا كان الاخذ بالادنى وهو المتيقن اولى وفى النهاية
وذكر فى المبسوط ان الشيخين احتجا بحديث السائب بن يزيد ان النبى عليه السلام قضى فى الدية بمائة من الابل
ارباعا ومعلوم انه لم يرد به الخطأ لانها فى الخطأ تجب اخماسا فعلم ان المراد به شبه العمد على انه قال عليه السلام
فى النفس المؤمنة مائة من الابل والمراد ادنى مايكون منه فكان ما قلناه اولى ولان الدية انما تجب عوضا والحامل
لايجوز ان تستحق بشئ من المعاوضات لوجهين احدهما ان صفة الحمل لايمكن الوقوف على حقيقتها و الثانى
ان الجنين من وجه كالمنفصل فيكون هذا فى معنى ايجاب الزائد على المائة عددا و بالاتفاق ليس التغليظ من
حيث العدد بل من حيث السن ثم ان الديات تعتبر بالصدقات والشرع نهى عن اخذ الحوامل فى الصدقات
لانها كرايم اموال الناس فكذلك فى الديات (ولا تغليظ فى غير الابل) يعنى لايزاد فى الدراهم والدنانير
على عشرة آلاف درهم اوالف دينار (وهى) اى الدية المغلظة (فى شبه العمد) لماروى من الحديث وهو قوله
عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة (و) الدية (المخففة) مبتدأ خبره
قوله الف دينار (وهى) اى الدية المخففة (فى الخطأ ومابعده) ممااجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب (من الذهب
الف دينار) قيمة كل دينار عشرة دراهم فقوله من الذهب حال من الف قدمت على صاحبها (ومن الورق)
بفتح الواو وكسر الراء الفضة (عشرة آلاف درهم) وقال مالك والشافعى اثنى عشر الف درهم لماروى
عن ابن عباس رضى الله تع عنهما ان رجلا قتل فجعل النبى عليه السلام ديته اثنى عشر الف درهم رواه ابوداود
والترمذى ولنا ماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان النبى عليه السلام قضى بالدية فى قتيل بعشرة آلاف دراهم
وماقلناه اولى للتيقن به لانه اقل و يحمل مارواه على وزن خمسة ومارويناه على وزن ستة وهكذا كانت الدراهم
من زمان النبى صلى الله عليه وسلم الى زمان عمر رضى الله تع عنه على ما حكاه الخبازى فانه قال كانت الدراهم
على عهد رسول الله عليه السلام ثلاثة الواحد منها وزن عشرة اى العشرة منها وزن عشرة دنانير فيكون الواحدة
قدر دينار والثانى وزن ستة اى العشرة منها وزن ستة دنانير والثالث وزن خمسة اى العشرة منها وزن خمسة
دنانير فجمع عمر رضى الله تع عنه بين الثلاثة فخلطه فجعله ثلث دراهم فصار ثلث المجموع وتمامه فى التبيين فليراجع
(ومن الابل مائة) قيمة كل ابل مائة درهم حال كونها (اخماسا ابن مخاض) ذكر وبنت مخاض (و بنت لبون وحقة وجذعة
من كل) واحد منها (عشرون) لماروى ابن مسعود رضى الله تع عنه ان النبى عليه السلام قال فى دية الخطأ عشرون حقة
وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض رواه ابوداود والترمذى
واحمد والشافعى اخذ بمذهبنا غير انه قال يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض والحديث حجة عليه (ولادية
من غير هذه الاموال) اى من النقدين والابل عند الامام لان مالية الغير مجهولة فلايجوز التقدير واما التقدير فعروف
بالآثار المشهورة (وقالا منها) اى من هذه الانواع (ومن البقر ايضا مائتا بقرة) قيمة كل بقرة خمسون (ومن الغنم
الفا شاة) كل شاة خمس (ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) اى ازار ورداء قيمة كل حلة خمسون لان عمر رضى الله
تعالى عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها (وكفارة شبه العمد والخطأ) وما اجرى مجرى الخطأ (عتق)
اى اعتاق (رقبة مؤمنة فان عجز) عن الاعتاق (فصيام شهرين متتابعين) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد
فصيام شهرين متتابعين وشبه العمد خطأ فى حق القتل وان كان عمدا فى حق الضرب فتتناولهما الاية (ولا اطعام
فيها) اى فى هذه الكفارة لعدم ورود النص به والمقادير لاتجب الاسماعا (وصح اعتاق رضيع احد ابويه مسلم) للكفارة
لانه يكون مؤمنا بالتبعية لقوله عليه السلام والولد يتبع خير الابوين دينا ولايقال كيف اكتفى هنا بالظاهر فى سلامة
اطرافه حتى اجازا لتكفير به ولم يكتف بذلك فى حق وجوب الضمان باتلاف اطرافه لانا نقول الحاجة فى التكفير
الى دفع الواجب والظاهر يصلح حجة للدفع والحاجة فى الاتلاف الى الزام الضمان وهو لايصلح حجة فيه ولانه يظهر
حال الاطراف فيما بعد التكفير اذا عاش ولا كذلك فى الاتلاف فافترقا (لا) اعتاق (الجنين) لانه لم تعرف حيوته
ولا سلامته بعد (و) الدية (للمرأة فى النفس ومادونها نصف ما للرجل) روى ذلك عن على رضى الله تع عنه موقوفا
ومرفوعا وقال الشافعى لايتنصف الثلث ومادونه يعنى اذا كان الارش بقدر ثلث الدية اودون ذلك فالمرأة والرجل فيه
سواء وان زاد على الثلث فحالها فيه على النصف من حال الرجل (و) يجب (للذمى مثل ما للمسلم) فى النفس والاطراف

عندنا لقوله عليه السلام دية كل ذى عهد فى عهده الف دينار ولانساويهما فى الحيوة والعصمة وكذا حكم المستأمن
لما روى انه عليه السلام جعل ديته كالذمى وعند الشافعى دية الكتابى دية ثلث المسلم وهى اربعة
آلاف درهم اذ دية المسلم عنده اثنى عشر الف درهم كما ذكر ودية المجوسى خمس ثلث دية المسلم وهو ثمانمائة
درهم وعند مالك دية الكتابى نصف دية المسلم وهو ستة آلاف درهم اذ دية المسلم عنده ايضا اثنى عشر الف درهم

*) فصل (* فى النفس الدية) انما ذكر دية النفس فى اول هذا الفصل مع انه معقود لبيان احكام الدية فيما هو
تبع لها وهى الاطراف تمهيدا لذكر مابعده وتبركا بلفظ الحديث وهو قوله عليه السلام فى النفس الدية وفى اللسان
الدية وفى المارن الدية فلهذا قال (وكذا فى المارن) وهو مارن الانف الدية (و) كذا (فى اللسان) الدية (ان منع
النطق) لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا فى قطع بعضه اذا امتنع من الكلام ولو قدر على التكلم ببعض الحروف
دون البعض تقسم الدية على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان وهى ستة عشر حرفا التاء
والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاء والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون والياء فما اصاب
الفائت يلزمه وقيل ان قدر على اداء اكثر الحروف تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء
الاكثر يجب كل الدية لان الظ انه لايحصل منه الافهام واختاره المص ولهذا قال (او) منع (اداء اكثر الحروف)
لتفويت منفعة الافهام (وفى الصلب) الدية (ان منع الجماع) وقطع الماء (وفى الافضاء) الدية (اذا منع استمساك
البول) لانه من جنس المنافع (وفى الذكر) الدية لان فيه تفويت المنفعة وهى الوطئ والايلاد واستمساك البول
والرمى به ودفق الماء والايلاج الذى هو طريق الاعلاق عادة وفى البزازية وان قطع الذكر من اصله ان خطأ
فدية وان عمدا اختلف اصحابنا وفى المنتقى لاقصاص فيه قالوا وهو قول محمد وعن الثانى ان فى الحشفة القصاص
واذا قطع بعضها فلا قصاص (وفى حشفته) اى حشفة الذكر الدية لانها اصل فى منفعة الايلاج والدفق والقصبة
كالتابع لها (وفى العقل) الدية اذا ذهب بالضرب لفوات منفعة الادراك لان الانسان بالعقل يمتاز عن غيره من
الحيوان وبه ينتفع فى معاشه ومعاده (وفى السمع وفى البصر وفى الشم وفى الذوق) يعنى فى كل منها الدية كاملة لان
لكل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى ان عمر رضى الله تع عنه قضى لرجل على رجل باربع ديات بضربة واحدة
وقعت على رأسه فذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه وقال ابو يوسف لايعرف الذهاب والقول قول الجانى لانه
منكر فلا يلزمه شئ الا اذا صدقه او نكل عن اليمين وقيل ذهاب البصر يعرفه الاطباء فيكون قول رجلين منهم عدلين
حجة فيه وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العين فاذا دمعت عينه علم انها باقية والا فلا وقيل يلقى بين يديه حية
فان هرب منها علم انها لم تذهب وان لم يهرب فهى ذاهبة وطريق معرفة ذهاب السمع ان يغافل ثم ينادى فان اجاب
علم انه لم يذهب وان لم يجب فهو ذاهب وروى عن اسماعيل بن حماد ان امرأة ادعت انها لاتسمع وتطارشت
فى مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة غطى عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع
ثيابها فظهر كذبها (وفى اللحية ان لم تنبت) الدية (و) كذلك (فى شعر الرأس) الدية ان لم ينبت يعنى اذا حلق اللحية
او الرأس ولم ينبت الشعر فتجب الدية فى كل واحد منهما لانه ازال جمالا على الكمال وقال مالك والشافعى لاتجب
فيه الدية وتجب حكومة عدل لان ذلك زيادة فى الادمى ولهذا ينمو بعد كمال الخلق ولهذا يحلق الرأس واللحية
فى بعض البلاد فلا تتعلق بهما الدية كشعر الصدر والساق اذ لا تتعلق به منفعة ولنا قول على رضى الله تع عنه
فى الرأس اذا حلق ولم ينبت الدية كاملة والموقوف فى مثل هذا كالمرفوع لانه من المقادير فلا يهتدى اليه بالرأى واما لحية
العبد وقد روى الحسن عن الامام انه يجب فيه كمال القيمة فلا يلزمنا والجواب ان المقصود من العبد الاستخدام دون الجمال
وهو لايفوت بالحلق بخلاف الحر لان المقصود منه فى حقه الجمال فيجب بفواته كمال الدية وفى الشارب حكومة عدل وانما وجب
فيه حكومة عدل لانه تابع للحية وفى هذا التعليل اشارة الى ان الواجب فى بعض اللحية حكومة عدل اذا كان دون النصف
اما اذا كان النصف فالواجب به نصف الدية كما فى البزازية وذكر الفضلى نتف لحيته ينظر الى الذاهب والى الباقى
فيجب بحسابه واذا نبت بعض اللحية فحكومة عدل انتهى (وكذا الحاجبان) يجب فيهما الدية وفى احدهما نصف
الدية خلافا للشافعى ومالك فانه يجب عندهما حكومة عدل (و) كذا (الاهداب) لانه يفوت بها الجمال على الكمال
وجنس المنفعة وهو دفع القذى عن العينين (وفى العينين) الدية لان جنس المنفعة يفوت بفواتهما (وفى الاذنين
والشفتين وفى ثدى المرأة) انما قيد بثدى المرأة لان فيه تفويت منفعة الارضاع بخلاف ثدى الرجل لانه ليس
فيه تفويت منفعة ولا الجمال على الكمال فيجب فيه حكومة عدل وفى حلمتى المرأة كمال الدية وفى احدهما نصف
الدية (وفى اليدين وفى الرجلين وفى اشفار العينين) جمع شفر وهو منبت الاهداب من طرف الجفن اخذ من شفير

لوادى وانما وجبت الدية فيما ذكر لفوات الجمال والمنفعة (وفى كل واحد مما هو اثنان فى البدن) كالاذن
والشفة واليد والرجل مثلا (نصف الدية) لان النبى عليه السلام كتب لعمرو بن حزم رضى الله تعالى عنه
وفى العينين كل الدية وفى احدهما نصف الدية ولان فى تفويت الاثنين تفويت جنس المنفعة وكمال الجمال
فيجب كل الدية وفى تفويت احديهما تفويت النصف فيجب نصف الدية (وفى) كل واحد (مما هو اربعة)
من البدن (ربعها) اى ربع الدية كالاشفار (وفى كل اصبع من يد اورجل عشرها) لقوله عليه السلام فى كل اصبع
عشر من الابل (وفى كل مفصل منها) اى من الاصابع (مما فيه مفصلان) كالابهام (نصف عشرها) اى نصف
عشر الدية (ومما فيه ثلاثة مفاصل) كباقى الاصابع فى كل مفصل (ثلثه) اى ثلث عشر الدية تنقسم عشر الدية
على المفاصل كانقسام دية اليد على الاصابع (وفى كل سن نصف عشرها) وهو خمس من الابل لقوله عليه السلام
وفى كل سن خمس من الابل ومن الدراهم خمسمائة درهم (وكل عضو ذهب نفعه ففيه) اى فى ذلك العضو (دية
وان كان قائما كيد شلت وعين ذهب ضوؤها) بالضرب لان وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة ولاعبرة
للصورة بلا منفعة لكونها تابعة فلا يكون لها حصة من الارش الا اذا تجردت عن المنفعة قبل الاتلاف كاتلاف
اليد التى خلت عن البطش ففيها حكومة عدل ان لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء وارشه كاملا ان كان فيه جمال
كالاذن السامعة كذا فى التبيين *) فصل (* لاقود فى الشجاج) فصل احكام الشجاج بفصل على حدة لتكاثر
مسائل الشجاج اسما وحكما وانما لم يجب القود فيه لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيه لان ما دون الموضحة ليس له
حد ينتهى اليه السكين وما فوقها كسر العظم ولا قصاص فيه لقوله عليه السلام لا قصاص فى العظم هذه
رواية الحسن عن الامام وفى ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة (الا فى الموضحة ان كانت عمدا)
بالاتفاق لما روى انه صلى الله عليه وسلم قضى بالقصاص فى الموضحة ولانه يمكن ان ينتهى السكين الى العظم
ولانه يمكن ان يسبر غورها بالمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتساويان فيتحقق
القصاص (وفيها) اى فى الموضحة (خطأ نصف عشر الدية) لما روى فى كتاب عمرو بن حزم ان النبى عليه السلام
قال فى الموضحة خمس من الابل (وهى) اى الموضحة الشجة (التى توضح العظم) اى تبينه (وفى الهاشمة) خبر مقدم
للمبتدأ الآتى وهو قوله عشرها (وهى) اى الهاشمة الشجة (التى تهشم العظم) اى تكسرها (عشرها) اى
عشر الدية لقوله عليه السلام وفى الهاشمة عشر من الابل (وفى المنقلة وهى التى تنقل العظم) اى تحوله
بعد الكسر (عشرها) اى عشر الدية (ونصفه) اى نصف عشرها فيكون خمسة عشر من الابل لقوله عليه السلام
وفى المنقلة خمسة عشر من الابل (وفى الآمة وهى) الشجة (التى تصل الى ام الدماغ) وهى الجلدة الرقيقة التى تجمع
الدماغ (ثلثها) اى ثلث الدية لما روى انه عليه السلام قال وفى الآمة ويروى وفى المأمومة ثلث الدية (وكذا فى الجائفة)
اى يجب ثلث الدية فى الجائفة ايضا وهى الجراحة التى تصل الى الجوف (فان نفذت) اى الجائفة الى الجانب
الاخر (فهما جائفتان ويجب ثلثاها) اى ثلثا الدية لما روى عن ابى بكر الصديق رضى الله عنه انه حكم فى جائفة نفذت
الى الجانب الاخر بثلثى الدية ولانها اذا انفذت صارت جائفتين فيجب فى كل واحدة منهما الثلث (وفى كل من الحارصة)
بالحاء والراء والصاد المهملات (وهى التى تشق الجلد) ولا تخرج الدم (والدامعة) بالعين المهملة (وهى التى
تخرج منه) اى من المجروح (ما يشبه الدمع) يعنى تظهر الدم ولا تسيله بل تجمع فى موضع الجراحة كالدمع
فى العين (والدامية وهى التى تسيل الدم) وفى القهستانى نقلا عن الذخيرة الدامية على ما ذكره الطحاوى تجد
تسيل الدم وعلى ما ذكره شيخ الاسلام ما يسيله اكثر مما يكون فى الدامية فالدامية على ما ذكره ما يدمى الجلد سواء كان
سائلا او غير سائل وعلى ما ذكره الطحاوى ما يدميه ولا يسيله وفى الظهيرية هى ما يدميه من غير ان يسيله وهو الصحيح
والدامعة ما يسيله كدمع العين (والباضعة) بالضاد المعجمة والعين المهملة (وهى التى تبضع الجلد) اى تقطعه
مأخوذ من البضع وهو القطع (والمتلاحمة وهى التى تأخذ فى اللحم) وتقطعه بعد قطع الجلد من تلاحم اى التأم
وتلاصق سميت بذلك تفاؤلا كما سمى اللديغ سليما (والسمحاق) بكسر السين المهملة وسكون الميم والحاء
المهملة (هى جلدة) رقيقة (فوق العظم) تحت اللحم (تصل اليها) اى الى تلك الجلدة الرقيقة (الشجة حكومة
عدل) بالاجماع مبتدأ مؤخر خبره ما تقدم من قوله وفى كل من الحارصة الى اخر ما ذكر وسيأتى تفسير حكومة عدل وانما
وجبت لانه ليس فى كل منها ارش مقدر شرعا ولا يمكن الاهدار فوجب الاعتبار بحكم العدل وهو مأثور عن ابراهيم
النخعى وعمر بن عبد العزيز (وعن محمد فيها) اى فيما ذكر من انواع الشجاج (القصاص) اذا كان عمدا (كالموضحة)
وقد تقدم انه ظاهر الرواية فى اول الفصل (والشجاج تختص بالوجه والرأس والجائفة بالجوف والجنب والظهر

وما

وما كان فى غيرها يسمى جراحة لان الوارد فيما يختص بالوجه والرأس والجوف والجنب والظهر ولانه انما ورد الحكم
لمعنى الشين وهو فى الرأس والوجه ولهذا قال (وما سوى ذلك) اى ما فى الوجه والرأس والجوف والجنب
والظهر (جراحات) وفى الهداية واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه
ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه
لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق معنى المواجهة ايضا (وفيها) اى فى الجراحات (حكومة عدل وهى) اى
حكومة العدل على ما قاله الطحاوى (ان يقوم) المجروح (عبدا بلا هذا الاثر ومعه) اى مع هذا الاثر ينظر الى تفاوت
ما بين القيمتين (فما نقص من قيمته وجب بنسبته من ديته) مثلا يفرض ان هذا الحر عبد وقيمته بلا هذا الاثر الف
درهم ومع ذلك الاثر تسعمائة فالتفاوت بينهما مائة درهم وهو عشر الالف فيؤخذ هذا التفاوت من الدية وهى
عشرة آلاف درهم فعشره الف درهم فهو حكومة عدل (وبه يفتى) اى بما ذكر من هذا التفسير بحكومة العدل
وقيد يفتى احترازا عما ذكره الكرخى وهو ان ينظر مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف
عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه قيل قول الكرخى اصح مما قاله الطحاوى لان عليا رضى الله تع
عنه اعتبر بهذا الطريق فيمن قطع طرف سنه (وفى قطع اصابع اليد) الواحدة (وحدها او مع الكف نصف الدية)
لان الارش لا يزيد بسبب الكف لانها تابعة بل الواجب فى كل اصبع عشر من الابل فيكون فى الخمس خمسون
وهو نصف الدية (و) فى قطع الاصابع (مع نصف الساعد نصف الدية وحكومة عدل) وهو رواية عن
ابى يوسف وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب فى اليد
الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة
والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا فى حق التضمين ولانه لا وجه لان يكون
تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع كما فى الهداية (وفى) قطع
(كف فيها اصبع عشر الدية وان كان فيها اصبعان فخمسها ولا شئ فى الكف) وهذا عند الامام لان الاصابع
اصل حقيقة لان منفعة اليد وهى القبض والبسط والبطش قائمة بها وكذا حكما لانه عليه السلام جعل الدية
بمقابلة الاصابع حيث اوجب فى اليد نصف الدية وجعل فى كل اصبع عشرا من الابل ومن ضرورته ان يكون
كلها بمقابلة اصابع كل الكف والاصل اولى بالاعتبار وان قل ولا يظهر التابع بمقابلة الاصل فلا يعارض
حتى يصار الى الترجيح بالكثرة ولئن تعارضا فالترجيح بالاصل حقيقة وحكما اولى من الترجيح بالكثرة (وعندهما
يجب الاكثر من ارش الكف ودية الاصبع والاصبعين ويدخل الاقل فيه) اى فى الاكثر لانه لا وجه للجمع بين
الارشين لان الكل شئ واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة (وان) كان
(فيها) اى فى الكف (ثلاث اصابع فدية الاصابع) ولا شئ فى الكف اجماعا لان الاصابع اصول وللاكثر حكم الكل
فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة (وهى) اى دية هذه الاصابع الثلاثة (ثلاثة اعشار) الدية (اجماعا) يعنى
لزوم دية الاصابع متفق عليه كما ان الاول مختلف فيه (وفى الاصبع الزائدة حكومة) اى حكومة عدل تشريفا للادمى
لانها جزء للادمى ولكن لا منفعة فيها ولا زينة (وكذا) اى يلزم (فى الشارب) حكومة عدل فى الصحيح لانه تابع
للحية فصار طرفا من اطراف اللحية (ولحية الكوسج) اى يلزم فيها حكومة عدل قال الزيلعى بخلاف لحية
الكوسج حيث لا يجب فيها شئ لان اللحية لا يبقى فيها اثر الحلق فلا يلحقها الشين بالحلق بل ببقاء الشعرات يلحقه
ذلك فيكون نظير من قلم ظفر غيره بغير اذنه (و) يجب (فى ثدى الرجل) حكومة عدل (و) كذا (فى ذكر الخصى
والعنين ولسان الاخرس واليد الشلاء والعين العوراء والرجل العرجاء والسن السوداء) فانه لا يجب فى هذه
الاشياء الدية لعدم فوات جنس المنفعة وعدم جمال السن السوداء ولكن يجب فيها حكومة العدل تشريفا
للادمى لانها اجزاء منه وقال الشافعى يجب دية كاملة فى ذكر الخصى والعنين لقوله عليه السلام وفى الذكر الدية
من غير فصل وانا ان المنفعة وهى الايلاج والانزال والاحبال هى المعتبرة من هذا العضو فاذا عدمت لا يجب
فيها الدية كالعين القائمة بلا ضوء واليد الشلاء (وكذا) تجب حكومة عدل (فى عين الطفل ولسانه وذكره اذا
لم تعلم صحة ذلك) اى صحة كل منها (بما يدل على ابصاره وتحرك ذكره وكلامه) لان المقصود من هذه الاشياء المنفعة
فاذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظ لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة
لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبى لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت وان علمت
الصحة فيه بما ذكره فحكمه حكم البالغ فى العمد والخطأ (وان شج) رجل (رجلا) موضحة (فذهب عقله او شعر رأسه)

ولم ينبت (دخل ارش الموضحة فى الدية) لان فوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء اذ لا ينتفع بدونه فصار
كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر وقد تعلقا جميعا بسبب واحد وهو فوات الشعر
فيدخل الجزء فى الكل كمن قطع اصبع رجل فشلت به يده كلها (وان ذهب سمعه او بصره او كلامه لا يدخل)
ارش الموضحة فى الدية لان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل
لان منفعته عايدة الى جميع الاعضاء كما مر هذا عند الطرفين وعند ابى يوسف ان الشجة تدخل فى دية السمع
والنطق ولا تدخل فى دية البصر قيل هذا اذا كان خطأ واما اذا شج رجلا موضحة عمدا فذهب من ذلك سمعه
و بصره فلا قصاص فى شئ من ذلك عند الامام ولكن يجب ارش الموضحة ودية السمع والبصر وعندهما
يجب القصاص فى الشجة ويجب الدية فى السمع والبصر (وان ذهب بها) اى بالموضحة (عيناه) فلا قصاص (و يجب
ارشها) اى ارش الشجة (وارش العينين) عند الامام (وعندهما) يجب (القصاص فى الموضحة والدية فى العينين)
والاصل فى ذلك عنده ان الفعل اذا اوجب مالا فى البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين او عضوا واحدا
وعندهما فى العضوين يجب القصاص مع وجوب المال وان كان عضوا واحدا لا يجب (ولا قصاص فى اصبع
قطعت فشلت اخرى جنبها) بل يجب الارش عند الامام لان القصاص غير واجب لعدم المماثلة لان قطع
الثانى على وجه يوجب شل الاخرى غير ممكن (وعندهما) وهو قول زفر والحسن (يقتص فى المقطوعة و تجب
الدية فى الاخرى) التى شلت لان القصاص واجب بالنصوص (ولو قطع مفصلها) اى مفصل الاصبع (الاعلى
فشل ما بقى) من المفاصل كما فى الرمز شرح الكنز وقول صاحب الهداية وغيره فشلت ما بقى من الاصبع محل تأمل تدبر
(فلا قصاص بل الدية فيما قطع وحكومة) اى حكومة عدل (فيما شل) وانما وجبت الدية لانه مقدر شرعا وتلزم
الحكومة فيما بقى لانتفاء تقدير الشرع فيه (ولا) قصاص (لو كسر نصف سن فاسود باقيها بل) تجب (دية السن
كلها (وكذا لو احمر) باقيها (او اخضر او اصفر) الاصل فى هذا عنده ان الفعل الواحد اذا اوجب مالا فى البعض
سقط القصاص سواء كانا عضوين او عضوا واحدا (ولو اسودت كلها بضربة وهى) اى السن (قائمة فالدية
فى الخطأ على العاقلة وفى العمد فى ماله) ولا يجب القصاص لانه لا يمكن للمجنى عليه ان يضربه ضربا يسوده بل
يجب الارش فى الخطأ على العاقلة وفى العمد فى ماله (ولو قلعت سن رجل فنبت مكانها اخرى سقط ارشها)
عند الامام لان الجناية قد زالت معنى لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فلم تفت
المنفعة به ولا الزينة (خلافا لهما) لان الجناية قد تحققت والحادثة نعمة مبتدأة من الله تعالى فصار كما لو اتلف مال
انسان فحصل للمتلف عليه مال اخر (وفى سن الصبى يسقط اجماعا) لان سن الصبى لا تتقرر فى مكانها فوجودها
كعدمها فلم يعد قلعها جناية وعن ابى يوسف انه تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل (وان اعاد الرجل سنه
المقلوعة الى مكانها) اى السن (فنبت عليها اللحم لا يسقط ارشها اجماعا) وعلى القالع كمال الارش لان هذا
لا يعتد به اذ العروق لا تعود وقال شيخ الاسلام هذا اذ لم تعد الى حالها الاولى بعد النبات فى المنفعة
والجمال واما اذا عادت فلا شئ عليه (وكذا لو قطع اذنه فالصقها فالتحمت) يعنى يجب على القالع ارشها لانها
لا تعود الى ما كانت عليه (ومن قلعت سنه فاقتص من قالعها ثم نبتت) اى نبت مكانها اخرى (فعليه دية سن المقتص منه)
لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فانعدمت الجناية
(ويستأنى فى اقتصاص السن واقتصاص الموضحة حولا) الاستئنان الانتظار كما فى المغرب (وكذا لو ضرب سنه
فتحركت فلو اجله القاضى فجاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا فى سبب سقوطها فان قبل مضى السنة فالقول
للمضروب وان بعد مضيها) فالقول (للضارب) وفى المنح ضرب سن انسان فتحرك يستأنى حولا ليظهر اثر فعله
ولو سقطت سنه واختلفا قبل الحول فالقول للمضروب ليفيد التأجيل بخلاف ما اذا شجه موضحة ثم جاء وقد صارت
منقلة حيث يكون القول للضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة والتحريك يورث السقوط ولو اختلفا بعد الحول
كان القول للضارب لانه منكر وقد مضى الاجل الذى ضرب للسن ولم تسقط فلا شئ على الضارب ولو اسودت
بالضرب او احمرت او اخضرت يجب الارش كله لذهاب الجمال ولا يجب القصاص لما قلنا فاوجب فى الاسوداد
ونحوه كمال الارش ولم يفرق بين سن وسن وقالوا ينبغى ان يفصل بين الاضراس و بين العوارض التى ترى فيجب
فى الاول حكومة عدل اذ لم يفت به منفعة المضغ وان فات يجب الارش كله كيف ما كان لفوات الجمال وان اصفرت
يجب فيها حكومة عدل وقال زفر يجب فيها ارش السن كاملا لان الصفرة تؤثر فى تفويت الجمال كالسواد ولنا
ان الصفرة لا توجب تفويت الجمال ولا تفويت المنفعة فان الصفرة لون السن فى بعض الناس ولا كذلك السواد

والحمرة

والحمرة والخضرة (ولو شج رجلا فالتحمت ونبت الشعر ولم يبق لها اثر يسقط الارش) عند الامام (وعند
ابى يوسف يجب ارش الالم وهو حكومة عدل) لان الشين الموجب ان زال فالالم الحاصل لم يزل (وعند محمد)
عليه (اجرة الطبيب) لان ذلك لزمه بفعله وكانه اخذ ذلك من ماله واعطاه للطبيب وفسر فى شرح الطحاوى
قول ابى يوسف عليه الارش باجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا لا خلاف بين ابى يوسف ومحمد وللامام ان الموجب
الاصلى هو الشين الذى يلحقه بفعله وزوال منفعته وقد زال ذلك بزوال اثره والمنافع لا تتقوم الا بالعقد كالاجارة
والمضاربة الصحيحتين او شبه العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شئ من ذلك فى حق الجانى فلا تلزمه الغرامة وكذا
مجرد الالم لا يوجب شيئا لانه لا قيمة له (وكذا لو جرحه بضرب فزال اثره) فهو على الاختلاف المذكور من سقوط
الارش عند الامام ووجوب الارش عند ابى يوسف ووجوب اجرة الطبيب عند محمد (وان بقى) اثر (فحكومة عدل
بالاجماع) وقيد المسئلة بقوله لو جرحه لانه اذا ضرب به ولم يجرح فى الابتداء لا يجب شئ بالاتفاق كذا فى النهاية
(ولا يقتص لجرح او طرف او موضحة الا بعد البرء) وقال الشافعى يقتص منه فى الحال لان الموجب قد تحقق فلا يؤخر
كما فى القصاص فى النفس ولنا ما روى عنه عليه السلام انه نهى ان يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه رواه احمد
والدارقطنى ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال ان تسرى الى النفس فيظهر انه قتل فلا يعلم انه جرح الا بالبرء
(وكل عمد سقط فيه القود لشبهة كقتل الاب ابنه فالدية فيه فى مال القاتل) لما روى عن ابن عباس رضى الله تع عنهما
موقوفا ومرفوعا لا يعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا (وعمد الصبى والمجنون خطأ وديته على عاقلته
ولا كفارة فيه ولا حرمان ارث) وذلك عندنا لعدم القصد الصحيح ولما روى ان مجنونا صال على رجل بسيف
فضربه به فرفع ذلك الى على رضى الله تع عنه فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة وقال عمده وخطاؤه سواء
ولان الصبى مظنة المرحمة والقاتل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبى هو اعذر
واولى بهذا التخفيف ولا نم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبى
قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة
كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم كما فى الهداية (والمعتوه كالمجنون) فى لزوم الدية على عاقلته وعدم
لزوم الكفارة وعدم الحرمان عن الارث*) فصل (*فى الجنين (ومن ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا فعلى
عاقلته غرة خمسمائة درهم) وانما سميت الغرة لانها اقل المقادير فى الديات واقل الشئ اوله فى الوجود ولهذا
يسمى اول الشهر غرة لانه اول شئ يظهر منه كما فى التبيين ووجبت فيه الغرة خمسمائة درهم سواء كان
ذكرا او انثى وهو نصف عشر دية الرجل وعشر دية المرأة والقياس ان لا يجب شئ فى الجنين لانه لم يتيقن
بحيوته وانما وجب استحسانا لما روى ان النبى عليه السلام قال فى الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة درهم
ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعى وهى على
العاقلة عندنا وقال مالك فى ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس
ولهذا سماها النبى عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا اندى من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل
لا تعقل ما دون خمسمائة درهم و يجب فى السنة وقال الشافعى فى ثلاث سنين (فان القته) اى الجنين (حيا فمات
فدية) اى فعليه الدية الكاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق (وان) القت (ميتا) سواء كان الجنين ذكرا او انثى (فماتت
الام فغرة) للجنين (ودية) للام لانه جنى جنايتين فيجب عليه موجبهما فصار كما اذا رمى شخصا ونفذ منه الى اخر فقتله
فانه يجب عليه ديتان ان كان خطأ وان كان عمدا يجب القصاص والدية كما فى التبيين (وان ماتت) الام (فالقته
اى الجنين (حيا فمات) الجنين (فديتها) اى تجب دية الام (وديته) اى دية الجنين لانه قاتل شخصين (وان) ماتت
الام بالضرب ثم القت الجنين (ميتا فديتها) اى دية الام (فقط) ولا شئ فى الجنين وقال الشافعى تجب الغرة فى الجنين
لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهى حية ولنا ان موت الام احد سببى موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه
بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك (وما يجب فى الجنين يورث عنه) لانه بدل نفسه (ولا يرث منه الضارب) لكونه
قاتلا مباشرا ظلما ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة (وفى جنين الامة نصف عشر قيمته) اى الرقيق (لو ذكرا وعشر
قيمته لو) كان (انثى) وقال الشافعى فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل
ولهذا وجب فى جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند
ظهور النقصان فى الاصل ولا معتبر به فى ضمان الجنين فكان بدل نفس الجنين فيقدر بها (وعند ابى يوسف ان نقصت
الام ضمن نقصانها والا فلا ضمان) اى قال ابو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام بالقائها الجنين اعتبارا

جنين البهايم لان الضمان فى قتل الرقيق ضمان مال عنده فجاز الاعتبار على اصله (فان ضربت) اى الامة (فحرر سيد ها حملها فالقته حيا فمات تجب قيمته) حيا (لا ديته) لان الحكم يترتب على سببه فسبب القتل هنا الضرب السابق فحمل عليه فلزمته قيمته حيا اذ السبب وقع فى حالة الرق وقد مر ان العبرة بحالة الرمى لا الوصول فلا تجب الدية (ولا كفارة فى) اتلاف (الجنين) لان الشرع انما ورد بايجاب الكفارة فى النفوس المطلقة وهو جزء من وجه فلم يكن مورد النص ولا فى معناه من كل وجه ولذا لم يجب فيه دية كاملة وان تبرع بها احتياطا فهو افضل لارتكابه محظورا وقال الشافعى تجب كفارة لانه نفس من وجه فاتلاف النفس يوجب الكفارة لما فيهامن معنى العبادة والاستغفار مماصنع (و) الجنين (المستبين بعض خلقه كتام الخلق) اى الجنين الذى استبان بعض خلقه كالجنين التام فى جميع ماذكر من الاحكام (وان شربت دواء او عالجت فرجها لطرح جنينها) حتى طرحته (فالغرة على عاقلتها ان فعلت بلا اذن ابيه) لانها اتلفته متعدية فيجب عليها ضمانه وتتحمل عنها العاقلة (وان) فعلت ذلك (باذنه فلا) تضمن الغرة عاقلتها اذ لم يوجد منها التعدى بسبب استيذانها والله اعلم (* باب ما يحدث فى الطريق *) لما فرغ من احكام القتل مباشرة عقبه بذكر احكامه تسببا والاول اولى بالتقديم لانه قتل بلا واسطة ولكثرة وقوعه (من احدث فى طريق العامة كنيفا او ميزابا او جرصنا) الجرصن قيل هو البرج وقيل جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبنى عليه وقيل مجرى ماء يركب فى الحائط وهو بضم الجيم وسكون الراء المهملة وضم الصاد المهملة (او دكانا وسعه ذلك ان لم يضر بهم) اى بالعامة لان الطريق معد للتطرق فله الانتفاع مالم تتضرر العامة به وانما قيد بذلك لقوله عليه السلام لاضرر ولاضرار فى الاسلام فان تحقق فيه الضرر يأثم باحداثه (ولكل منهم) اى من العامة (نزعه) ومطالبته بالنقض لان كل واحد منهم له حق فيه بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما فى الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا هذا اذا بنى لنفسه واما اذا بنى للمسلمين فلا ينقض كذا روى عن محمد وتفصيل الكلام فى هذا المقام انه هل يحل له احداثه فى الطريق ام لا وهل لاحد الخصومة فى منعه من الاحداث فيه ورفعه بعده وهل يضمن فيما تلف بسبب الاحداث اما الاحداث فقال شمس الائمة ان كان الاحداث يضر باهل الطريق فليس له ذلك وان كان لا يضر باحد لسعة الطريق جاز له احداثه فيه وعلى هذا القعود فى الطريق للبيع والشراء يجوز ان لم يضر باحد وان اضر لم يجز واما الخصومة فيه فقال الامام لكل احد مسلما كان او ذميا ان يمنعه من الوضع وان يكلفه الرفع اضر او لم يضر ان كان الوضع بغير اذن الامام لان التدبير فى امور العامة مفوض الى رأى الامام وعن ابى يوسف لكل احد ان يمنعه من الوضع قبل الوضع وليس له ان يكلفه الرفع بعد الوضع وعن محمد ليس لاحد ان يمنعه قبل الوضع ولا بعده اذا لم يكن فيه ضرر بالناس لانه مأذون له فى احداثه شرعا واما الضمان بالاتلاف فسيأتى تفصيله مشروحا (وفى الطريق الخاص لا يسعه بلا اذن الشركاء وان لم يضر) لانه مملوك لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم بخلاف العام فانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز له الانتفاع به مالم يضر باحد (وعلى عاقلته دية من مات بسقوطه فيهما) كما لو حفر بئرا فى طريق خاص او عام او وضع حجرا فيه فتلف به انسان فتجب على العاقلة ديته لانه متسبب لهلاكه متعد فى احداثه (وكذا لو عثر بنقضه انسان) فتجب الدية على العاقلة لما ذكر من التسبب (وان وقع العاثر على آخر فماتا فالضمان على من احدثه) يعنى اذا مات العاثر والاخر الذى مات بوقوعه عليهما فضمان ديتهما على المحدث فى الطريق مابه الاتلاف لانه بمنزلة الدافع فكانه دفعه بيده على غيره ولا ضمان على الذى عثر لانه مدفوع فى هذه الحالة فكان كالالة (وان اصابه طرف الميزاب الذى فى الحائط فلا ضمان وان) اصابه (الطرف الخارج ضمن) يعنى اذا سقط عليه طرف الميزاب فقتله ينظر ان كان ذلك الطرف متمكنا فى الحائط فلا ضمان على صاحب الميزاب لانه غير متعد فيه لما انه وضعه فى ملكه وان كان الذى اصابه هو الطرف الخارج من الحائط ضمن الذى وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكن ان يركبه فى الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم من الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان فانه يضمن النصف اعتبارا بالاحوال لانه يضمن فى حال ولا يضمن فى حال فيتوزع الضمان على الاحوال لان فيه النظر من الجانبين (كمن حفر بئرا ووضع حجرا فى الطريق فتلف به انسان) قوله فى الطريق متعلق بحفر ووضع على التنازع وقوله فتلف به انسان اى يضمن الدية عاقلته يعنى كما ان من حفر بئرا او وضع حجرا فى طريق فتلف به انسان تكون ديته على عاقلة الحافر او الواضع فكذا تجب الدية على عاقلة من تسبب لتلف انسان بسقوط ما احدث من الكنيف والميزاب والجرصن والدكان (وان تلف به بهيمة فضمانها فى ماله) اى اذا تلف بالحفر او الوضع او السقوط بهيمة فضمان تلك البهيمة فى مال المتسبب بما ذكر اما الضمان فلانه متعد فيه

فيضمن واما عدم تضمين العاقلة فلان العاقلة لا تتحمل ضمان المال وانما تتحمل ضمان النفس (والقاء التراب واتخاذ الطين) فى الطريق (كوضع الحجر) فى وجوب الضمان لان كل ذلك تسبب بنوع من التعدى (وهذا) اى وجوب الضمان (اذا فعله) اى جميع ماذكر (بلا اذن الامام) فانه يضمن لوجود التعدى (فان فعل شيئا من ذلك باذنه) اى الامام (فلا ضمان) لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية فى حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف فى حق غيره او بالافتيات على رأى الامام كما فى الهداية والافتيات الاستبداد بالرأى كما فى المغرب وكذا لو حفر فى ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذلك اذا حفر فى فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء فى تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له اذ كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد (ولو مات الواقع فى البئر جوعا او غما فلا ضمان على حافره وان) وصلية حفر (بلا اذن الامام) لانه مات بفعل نفسه وهو الجوع والغم والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع (وعند محمد عليه الضمان) فى الوجوه كلها لان ذلك حصل بسبب الوقوع فى البئر ولولا ذلك لما مات جوعا ولا غما (وكذا عند ابى يوسف) عليه الضمان (فى الغم لا فى الجوع) لانه لا سبب للغم سوى الوقوع فيه واما الجوع والعطش فلا يختصان بالبئر (وان وضع حجرا فنحاه اخر فضمان ما تلف به على الثانى) لان فعل الاول قد انفسخ فكان الضمان على الذى نحاه لفراغ ما شغله وانما اشتغل بفعل الثانى موضع آخر (ولو اشرع) اى اخرج (جناحا) الى الطريق قال صاحب القاموس الجناح الروشن ثم قال الروشن الكوة وقال فى المغرب الروشن الممر على العلو وقال صاحب الكفاية الروشن هو الخشبة الموضوعة على جدار السطحين تمكن من المرور وقال صدر الشريعة اشراع الجناح اخراج الجذوع الى الطريق وهو المناسب ان يراد هنا (فى دار ثم باعها) اى الدار (فضمان ما تلف به) اى بالجناح (عليه) اى على البايع لان فعله وهو الاشراع لم ينفسخ بزوال ملكه عنه (وكذا لو وضع خشبة فى الطريق ثم باعها) اى الخشبة (وبرئ) البايع (الى المشترى) متعلق ببرئ على تضمين معنى الانتهاء كما فى احمد الله اليك (منها) اى من الخشبة (فتركها) اى الخشبة (المشترى فضمان ما تلف بها) اى بالخشبة (على البايع) ايضا لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو اعنى الوضع موجب للضمان (ولو وضع فى الطريق جمرا فاحرق) ذلك الجمر (شيئا ضمنه) اى يضمن الواضع ما احرقه لانه متعد فى ذلك الوضع (ولو احرق بعدما حركته) اى الجمر (الريح الى موضع آخر لا يضمن) لنسخ الريح فعله (ان كانت) اى الريح (ساكنة عند وضعه) اى الجمر وفى النهاية لو حركت الريح عين الجمر وانما قيد به لان عند بعض اصحابنا ان الريح اذا هبت بشررها فاحرقت شيئا فان الضمان عليه فى ذلك لان الريح اذا هبت بشررها ولم تذهب بعينها فالعين باقية فى مكانها فكانت الجناية باقية فيكون الضمان عليه وقدم ذلك مفصلا وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه هذا اختيار السرخسى وكان الحلوانى لا يقول بالضمان من غير تفصيل (ويضمن من حمل شيئا فى الطريق ما تلف بسقوطه) اى المحمول (منه) اى من الحامل يعنى من حمل شيئا فى الطريق فسقط المحمول على انسان او غيره فتلف ضمن الحامل لان حمل المتاع فى الطريق على رأسه او على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمى الى الهدف او الصيد (وكذا) يضمن (من ادخل حصيرا) او قنديلا (او حصاة الى مسجد غيره) اى غير حيه (بلا اذن فعطب به احد) هذا عند الامام لان تدبير امور المسجد مسلم الى اهله دون غيره فيكون فعل الغير تعديا او مقيدا بشرط السلامة فقصدا لقربة والخير لا ينافى الغرامة اذا اخطأ الطريق (خلافا لهما) لان عندهما لا يضمن لان القربة لا تتقيد بشرط السلامة (ولو ادخل هذه الاشياء الى مسجد حيه لا يضمن اجماعا) لان هذه من القرب وكل واحد مأذون فى اقامة ذلك فلا يتقيد بشرط السلامة فكان فعلهم مباحا مطلقا (وكذا) لا يضمن (لو تلف شئ بسقوط رداء هو لابسه) اذ اللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيقع الحرج بالتقييد بوصف السلامة وعند محمد اذا لبس ما لا يلبس عادة كدروع الحرب والجوالق فسقط على انسان فتلف يضمن لان هذا اللبس بمنزلة الحمل وفى الحمل يضمن (ومن جلس فى المسجد غير مصل فعطب به احد ضمنه) عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا لا يضمن على كل حال والى هذا اشار بقوله (ولا فرق بين جلوسه لاجل الصلوة او للتعليم او يقرأ القرآن او نام فيه فى اثناء الصلوة وبين ان يمر فيه لحاجة) من الحوايج (او يقعد للحديث) وذكر صدر الاسلام ان الاظهر ما قالاه لان المسجد انما بنى للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة فيكون ملحقا بها الان ما ثبت ضرورة للشئ يكون حكمه كحكمه وللامام ان المسجد بنى للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمى الى الكافر والى الصيد والمشى فى الطريق والمشى فى المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وذكر شمس الائمة ان الصحيح من مذهب الامام

ان الجالس الانتظار لايضمن وانما الخلاف فى عمل لايكون له اختصاص بالمسجد كقرأة القرأن ودرس الفقه والحديث (ولا) فرق ايضا (بين مسجد حيه وغيره) فى الصحيح (اما المعتكف فقيل على هذا الخلاف وقيل لايضمن بلاخلاف) وذكر الفقيه ابو جعفر سمعت ابابكر يقول ان جلس لقراءة القرأن اومعتكفا لايضمن بالاجماع كما فى المنح (وفى الجالس مصليا لايضمن اجماعا وان) كان الجالس (من غيراهله) لان المسجد بنى للصلوة فلايكون متعديا بذلك (ولواستأجر رب الدار عملة) جمع عامل (لاخراج الجناح اوالظلة) من الدار (فتلف به) اى بالاخراج شئ (فالضمان عليهم) ان كان التلف (قبل فراغ عملهم) لان التلف بفعلهم ومالم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غيرداخل فى عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم (وان) كان التلف (بعده) اى بعدفراغ عمله (فعليه) اى الضمان يكون على المستأجر استحسانا لانه صح الاستيجار حتى لواستحقوا الاجر و وقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه (ويضمن من صب الماء فى الطريق العام ماعطب به) لانه متعدفيه بالحاق الضرر بالمارة (وكذا اذارشه) اى رش الماء (بحيث يزلق فيه) من مشى عليه (اوتوضأ به) اى بالماء فى الطريق (واستوعب) الماء (الطريق) فعطب به احد لماسبق انه متعد فى ذلك الفعل بالحاق الضرر بالمارة (وان فعل شيئا من ذلك) المذكور من الصب والرش والوضوء (فى سكة غيرنافذة وهو) اى الفاعل (من اهلها) اى من اهل تلك السكة (اوقعد فيها) اى فى تلك السكة (اووضع متاعه فيها لايضمن) لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما فى الدار المشتركة فانه يجور لكل واحد من الشركاء ان يفعل فيها ماهو من ضرورة السكنى (وكذا) لايضمن (ان رش مالايزلق به عادة او) توضأ به واستوعب الماء (بعض الطريق) لاكله (فتعمد المارالمرورعليه) اى على بعض الطريق الذى فيه الماء مع امكان ان لايمرعليه لانه هوالذى خاطر بنفسه فصار كمن وثب على البئر من جانب الى جانب فوقع فيها بخلاف ما اذا لم يعلم فوقع من غيرعلم بان كان المرور ليلا اوكان المار اعمى فانه يضمن (ووضع الخشبة فى الطريق كالرش فى استيعاب الطريق وعدمه) يعنى اذا استوعبت الخشبة الطريق يضمن وان لم تستوعبه لا يضمن وفى المنح ولوحفر فى مفازة اونحوها من الطريق فى غير الامصار اوضرب فسطاطا اونصب تنورا اوربط دابة لم يضمن كمافى منية الفقهاء وفيه احتفر بئرا فى طريق مكة اوغيره من الفيافى لم يضمن بخلاف الامصار دون الفيافى والصحارى لانه لايمكن العدول عنه فى الامصاردون الصحارى (وان رش فناء حانوت باذن صاحبه فالضمان على الآمر استحسانا كما لواستأجره) اى الاجير (ليبنى له فى فناء حانوته فتلف به شئ بعد فراغه) فانه يجب الضمان على الآمر دون الاجير (ولوكان امره بالبناء فى وسط الطريق فالضمان على الاجير) لفساد الامر (ولوكنس الطريق لايضمن ماتلف بموضع كنسه) وفى الكافى وان استأجر اجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فتعقل به انسان بعدفراغه فمات يضمن الآمر استحسانا ولوامره بالبناء فى وسط الطريق ضمن الاجير لفساد الامر بخلاف البناء لانه لايباح له فيما بينه و بين ربه احداث مثل ذلك فى فنائه اذا كان لايتضرر به غيره وقدجرت العادة بذلك فى بلاد المسلمين فاعتبر امره فى ذلك ولكن لما كان البناء غير مملوك له يتقيد بشرط السلامة ولوكنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان لم يضمن لانه مااحدث فى الطريق شيئا وانما كنس الطريق لئلا يتضرر به المارة ولايوذيهم التراب ولايكون هومتعديا فى هذا التسبب (ولوجمع الكناسة فى الطريق ضمن ماتلف بها) اى بالكناسة لتعديه بموضع شغله الطريق (ولاضمان فى ماتلف بشئ فعل فى الملك) لانه مأذون فيه شرعا فلايكون متعديا (اوفى فناء) عطف على تلف (له) اى للمالك (فيه) اى ذلك الفناء (حق التصرف بان لم يكن للعامة ولامشتركا لاهل سكة غيرنافذة) لان ذلك لمصلحة داره والفناء فى تصرفه وفى الهداية اما اذا كان لجماعة المسلمين اومشتركا بان كان فى سكة غيرنافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعدفعله فى غيرملكه (وان استأجر من حفرله فى غيرفنائه فالضمان على المستأجر) لاعلى الاجير (ان لم يعلم الاجيرانه غيرفنائه) لان الاجير يعمل له ولهذا يستوجب عليه وقدصار مغرورا من جهته حيث لم يعلمه ان ذلك ليس من فنائه وانما حفر اعتمادا على امره فلدفع ضرر الغرور نقل فعله الى الآخر (وان علم) الاجيرانه غيرفنائه (فعلى الاجير) اى يجب الضمان على الاجير لم يصح امره لانه لايملك ان يفعل بنفسه ولاغرور من جهته لعلمه بذلك فبقى مضافا اليه (وان قال) المستأجر (هوفنائى وليس لى فيه حق الحفر فالضمان على الاجير قياسا) لعلمه بفساد الامر فلم يوجد الغرور (وعلى المستأجر استحسانا) لان كونه فناءله بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده فى التصرف من القاء الطين والحطب وربط الدابه والركوب وبناء الدكان فكان امرا بالحفر فى ملكه ظاهرا بالنظر الى ماذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال شيخ الاسلام اذا كان الطريق معروفا انه للعامة ضمن

سواء قال له انه لى اولم يقل لعلمه بفساد امره (ومن بنى قنطرة) اى على نهر كبير (بغير اذن الامام فتعمد احد المرور عليها) اى على تلك القنطرة (فعطب فلاضمان على البانى) لانه اذا تعمد المرور وكان بصيرا ويجد موضعا آخر للمرور صار كانه اتلف نفسه فنسب التلف اليه دون المسبب فاذا لم يتعمد بان كان اعمى اومر ليلا يضمن اذا وضعه بغير اذن الامام اما اذا وضعه باذن الامام فلا يضمن ٭) فصل فى الحائط المائل (٭ لما ذكر احكام مسائل القتل التى تتعلق بالانسان مباشرة وتسببا شرع فى بيان احكام القتل المتعلقة بالجماد (ان مال حائط الى طريق العامة فطولب ربه) اى رب الحائط (بنقضه من مسلم اوذمى) رجل اوامرأة حر اومكاتب لان الناس فى المرور شركاء ممن يملك نقضه وهدمه فيصح التقدم من كل واحد منهم (واشهد عليه) بان يقول ان حائطك هذا مخوف اومائل فانقضه حتى لايسقط اواهدمه فانه مائل والاشهاد بعد الطلب ليس بشرط فيكون ذكر الاشهاد فيما ذكر ليتمكن من اثبات الطلب عند الانكار فيكون من قبيل الاحتياط وهذا لاينفى وجود معنى الاشهاد اذا وقع الطلب عند الشهود بل ينبغى الاشهاد بلفظ اشهدوا وتدل عليه عبارة الاشهاد وفى المنح لوقال اشهدوا انى تقدمت الى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا صح ايضا ولوقال ينبغى لك ان تهدمه فهذا ليس بطلب ولااشهاد بل هو مشورة (فلم ينقضه فى مدة يمكن نقضه فيها فتلف به) اى بانهدامه (نفس اومال ضمن عاقلته) اى عاقلة رب الحائط (النفس) وضمن (هو) اى رب الحائط (المال) والقياس ان لايضمن وهوقول الشافعى لانه لم يوجد منه صنع هومتعد فيه لانه بنى الحائط فى ملكه والسقوط والميلان ليس من صنعه فلايضمن كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان انه اذامال الى الطريق فقد شغل هواء الطريق بحائطه ووقع فى يده هواء المسلمين ورفعه فى يده فاذا طولب بالنقض وتفريغ الهواء عن هذا الشغل لزمه ذلك فاذا لم يفرغ مع التمكن صار خائنا كانه شغله ابتداء باختياره (وكذا لوطولب به من يملك نقضه كاب الطفل) الذى وقع فى عامة النسخ بدون الياء فى اب لكن الصحيح ان يرسم بالياء (ووصيه) لقيام الولاية لهما بالنقض فى حقه (والراهن) فيصح التقدم اليه لقدرته على النقض (بفك الرهن) وارجاع المرهون الى يده (والعبد التاجر) ولومديونا لان له ولاية النقض ثم ماتلف بالسقوط ان كان مالا فهو فى رقبته وان كان نفسا فعلى عاقلة المولى لوكان له عاقلة لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى (والمكاتب) لانه مالك يدا فيكون ولاية النقض له وضمان ماتلف نفسا اومالا فيه حكم ضمان ماتلف فى العبد التاجر (ولايضمن ان باعه) اى الحائط ربه (بعد الاشهاد وسلمه الى المشترى فسقط) لانه خرج عن ملكه بالبيع سواء قبضه المشترى اولا كما فى الدرر وعزاه الى الكافى وليس فى الهداية لفظا ولا وفى الجوهرة شرط ان يكون بعد القبض حيث قال ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها المشترى برئ من ضمانه وفى المنح فان قلت هل قولهم خرج عن ملكه يبيع قيدا ولاقلت ليس بقيد بل غير البيع كذلك كالهبة ونحوها قال فى الحاوى القدسى اذا اشهد على صاحب الحائط المائل بالنقض ثم خرج الحائط عن ملكه يبيع اوغيره بطل الاشهاد والتقدم حتى اذاعاد الى ملكه فسقط بعد تمكن النقض اوقبله لايجب عليه الضمان بذلك الاشهاد انتهى (ولا) يضمن (ان طولب به) اى بالنقض (من لايملكه) اى بالنقض (كالمرتهن والمستأجر والمودع) لانه ليس لهم قدرة على التصرف فلايفيد طلب النقض منهم ولهذا لايضمنون بما تلف من سقوطه (وان بناه) اى الحائط صاحبه (مائلا ابتداء ضمن ماتلف بسقوطه وان لم يطالب بنقضه كما فى اشراع الجناح ونحوه) وهواخراج الجذوع من الجدار الى الطريق والبناء عليه والكنيف لتعديه بالبناء على هذه الكيفية (فان مال) اى الحائط (الى داررجل فالطلب لربها) اى لرب الدار لان الطلب حق له (اوساكنها) اى ساكن الدار فللسكان ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ماشغل الدار فكذا بازالة ماشغل هواءها (فيصح تأجيله وابراؤه) اى يصح تأجيل كل من مالك الدار وابراؤه حتى لوسقط بعد مدة الاجل و بعد الابراء وتلف به شئ لايضمن لان الحق له فيصح تأجيله واسقاطه (ولايصح التأجيل فيما مال الى الطريق) لان الحق لجماعة الناس (ولوكان) اى التأجيل (من القاضى اوالمشهد) لانه حق المارة وليس للقاضى ولا للمشهد على صيغة اسم الفاعل ابطال حقهم (ولوكان الحائط بين خمسة فاشهد) على صيغة المفعول (على احدهم) اى احد الخمسة (ضمن خمس ماتلف به) عند الامام و يكون ذلك على عاقلته (وعندهما نصفه) اى نصف ماتلف به لان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر و بنصيب من لم يشهد عليه هدر فانقسما قسمين ولهذا قالا بضمان النصف كما فى عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل حيث يلزم الجارح نصف الدية وللامام ان الموت حصل بعلة واحدة وهوالثقل المقدر لان اصله ليس بعلة وهوالقليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف

الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت او كبرت الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية كما فى الهداية (وان حفر احد ثلاثة فى دار هى لهم بئرا بغير اذن شريكيه او بنى حائطا ضمن ثلثى ماتلف به) عند الامام (وعندهما) ضمن (نصفه) اى نصف ماتلف به والدليل من الجانبين هو ماذكر فى مسئلة الشركاء السالفة قبيل هذا *)باب جناية البهيمة (* والجناية (عليها يضمن الراكب) اى فى طريق العامة وانما قيد به لانه لوكان ملكه لايضمن شيئا لانه غير متعد بخلاف ما اذا كان فى طريق العامة فيضمن للتعدى (ماوطئت دابته اواصابت بيدها او رجلها اورأسها اوكدمت اوخبطت) برجلها (اوصدمت) والاصل فى هذا ان المرور فى طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة بمنزلة المشئ لان الحق فى الطريق مشترك بين الناس فهو يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه فالجناية مقيدة بشرط السلامة وانما نقيد بشرط السلامة فيما يمكن التحرز عنه دون مالايمكن التحرز عنه لانا لوشرطنا عليه السلامة عما لا يمكن التحرز عنه يتعذر عليه استيفاء حقه لانه يمتنع عن المشى والسير مخافة ان يبتلى بما لا يمكن ان يتحرز عنه والتحرز عن الوطئ والاصابة باليد او الرجل او الكدم وهو العض بمقدم الاسنان او الخبط وهو الضرب باليد او الصدم وهو الضرب بنفس الدابة وماشبه ذلك فى وسع الراكب اذا امعن النظر فى ذلك واما مالايمكن التحرز عنه فهو ماذكره بقوله (لاما نفحت برجلها او ذنبها) قال فى المغرب يقال نفحت الدابة بالفاء والحاء المهملة اى ضربت بحد حافرها هذا اذا كانت سائرة (الا اذا اوقفها) اى الراكب الدابة فى الطريق فانه ح يضمن بالنفحة سواء كانت بالرجل او بالذنب لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه التحرز عن النفح فصار متعديا فى الايقاف وشغل الطريق به (ولاما عطب بروثها او بولها سائرة او واقفة) يعنى اذا بالت اوراثت فى الطريق وهى تسير فعطب به انسان لاضمان عليه لانه لايمكن التحرز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك فلاضمان لان من الدواب مالايفعل ذلك حتى يقف فهو ايضا مما لايمكن التحرز عنه فلهذا لايضمن بذلك سواء كانت سائرة او واقفة (لاجله) اى لاجل الروث والبول (فان اوقفها الا لاجله) اى لا لاجل الروث والبول (ضمن ماعطب به) اى بالروث او البول لانه يكون متعديا فى الايقاف لانه ليس من ضرورات السير (فان اصابت بيدها اورجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا وحجرا صغيرا ففقأ) اى كل واحد مماذكر (عينا) فذهب ضوءها (اوافسد ثوبا لايضمن) لانه لايمكنه التحرز عنه فان سير الدابة لايعرى عنه (وان) كان حجرا (كبيرا ضمن) لانه مما يستطاع الامتناع عنه فسير الدواب ينفك عنه وانما يكون لخرق منه فى السير (ويضمن القائد مايضمنه الراكب وكذا السائق فى الاصح) لان الدابة فى ايديهم وهم يسيرونها ويصرفونها كيف شاؤا وهو مختار اكثر المشايخ (وقيل) قائله القدورى (يضمن) اى السائق (النفحة ايضا) ولايضمنها الراكب والقائد قال البرجندى وذكر القدورى فى مختصره ان السائق ضامن لما اصابت بيدها اورجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها يعنى النفحة لان السائق يرى النفحة فيمكنه التحرز عنها والقائد لايراها ولايخفى ان هذا الفرق غير مؤثر فى تمكن الاحتراز (ولا كفارة عليهما) اى على السائق والقائد (ولاحرمان ارث او وصية) لانهما يختصان بالمباشرة وليسا من احكام التسبيب ولايخفى انه لواتى بالواو دون او لكان انسب ولعله اتى باو بناء على عدم جواز الوصية للوارث (بخلاف الراكب) فيما وطأته الدابة بيدها او برجلها فان عليه الكفارة وحرمان الارث والوصية وذلك لتحقق المباشرة منه فان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهى آلة له وهما سببان لانه لايتصل منهما الى المحل شئ (وان اجتمع الراكب والقائد او الراكب والسائق فالضمان عليهما) اى عند البعض لان كل ذلك سبب للضمان (وقيل على الراكب وحده) دون السائق والقائد لان الراكب مباشر فيه كما ذكرنا والسائق مسبب فالاضافة الى المباشر اولى (وان اصطدم فارسان خطأ) اى ضرب احدهما الاخر بنفسه (او) اصطدم (ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل) اى كل واحد (دية الاخر) عندنا لان هلاكه اما مضاف الى فعل نفسه او فعل صاحبه او فعلهما معا لاسبيل الى الاول لان فعله مباح لايصلح فى حق نفسه ان يضاف اليه الهلاك فضلا عن ان يصلح فى حق الضمان ولا الى الثالث لان ماتركب من صالح وغير صالح ليس بصالح فثبت الثانى فانه وان كان فعلا مباحا وهو المشى فى الطريق الا انه فى حق غيره يصلح ان يضاف اليه الهلاك فيصلح ايضا فى حق الضمان وعند زفر والشافعى يجب على عاقلة كل منهما نصف دية الاخر لان كل واحد عطب بفعله وفعل صاحبه فكان نصفين احدهما معتبر والاخر هدر قيل لو كانا عامدين فى الاصطدام يضمن كل واحد نصف الدية للاخر اتفاقا وقيل هذا لو وقع كل واحد منهما على قفاه لتحقق فعل الاصطدام ولو وقع على وجهه فلاشئ على واحد منهما وان وقع احدهما على قفاه والاخر على وجهه فدم الذى وقع على وجهه هدر وقيل يجب عند الشافعى نصف الدية سواء وقع على قفاه او ظهره او وجهه (وان تجاذبا حبلا فانقطع الحبل فماتا فان وقعا

اى كل واحد منهما (على ظهرهما فهما هدر) لان كل واحد مات بقوة نفسه (وان) وقعا (على وجههما فعلى عاقلة كل) واحد منهما (دية الاخر) لان كل واحد منهما مات بقوة صاحبه (وان اختلفا) اى وقع احدهما على القفاء والاخر على الوجه (فدية من وقع على وجهه على عاقلة من وقع على ظهره) فالذى على القفاء لادية له (وان قطع آخر الحبل) اى ان تجاذبا الحبل فقطعه انسان اخر فوقع كل منهما على القفاء (فماتا فديتهما على عاقلته) اى عاقلة القاطع لانه مضاف الى فعله فكان سببا (وان ساق دابة فوقع سرجها وغيره من ادواتها) كاللجام ونحوه ومايحمل عليها (على انسان فمات ضمن السائق) لانه متعد فى هذا التسبيب لان الوقوع بتقصيره منه وهو ترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لايشد فى العادة ولايقيد بشرط السلامة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما فى المحمول على عاتقه دون اللباس فيقيد بشرط السلامة (وكذا) يضمن (قائد قطار وطئ بعير منه) اى من ذلك القطار (انسانا وضمان النفس على عاقلته و) ضمان (المال فى ماله) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير فى الحفظ والتسبيب بوصف التعدى سبب الضمان (وان كان مع القائد سائق فالضمان عليهما) لان قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق فى جانب الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ماعطب بما هو خلفه ويضمنان ماتلف بما بين يديه لان القائد لايقود ماخلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق مايكون قدامه ولوكان رجل راكبا على بعير وسط القطار ولايسوق منها شيئا لم يضمن مااصابت الابل التى بين يديه لانه ليس بسائق لها وكذا مااصابت الابل التى خلفه لانه ليس بقائد لها الا اذا كان اخذ بزمام ماخلفه اما البعير الذى هو راكبه فهو ضامن لما اصابه فيجب عليه وعلى القائد غير مااصابه بالايطاء فان ذلك ضمانه على الراكب وحده لانه جعل فيه مباشرا حتى جرى عليه احكام المباشرين كما فى التبيين (فان ربط بعير على قطار بغير علم قائده فعطب به) اى بالبعير المربوط (انسان ضمن عاقلة القائد الدية) لانه قائد للكل فيكون قائدا لذلك والقود سبب قريب لوجود الضمان فلايسقط الضمان المحقق بجهله (ورجعوا) اى عاقلة القائد (بها) اى بهذه الدية (على عاقلته) اى عاقلة الرابط قال صدر الشريعة اقول ينبغى ان يكون فى مال الرابط لان الرابط اوقعهم فى خسران المال وهذا مما لاتتحمله العاقلة انتهى ويجاب عنه بان الرابط لما كان متعديا فيما صنع صار فى التقدير هو الجانى واذا كان كذلك وجبت الدية على عاقلته فان قيل ان كل واحد منهما مسبب فكان ينبغى ان يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء اجيب بان القود بمنزلة المباشرة بالنسبة الى الربط لاتصال التلف به دون الربط فيجب عليه الضمان وحده ثم يرجع على عاقلته قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لان الرابط امر بالقود دلالة واذا لم يعلم لايمكنه التحفظ عنه ولكن جهله لاينفى وجوب الضمان عليه لتحقق الاتلاف منه وانما ينفى الاثم فيكون قرار الضمان على الرابط واما اذا ربط والابل واقفة ضمنها عاقلة القائد ولايرجعون به على عاقلة الرابط لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لاصريحا ولادلالة فلايرجع بما لحقه على احد وتمامه فى التبيين فليطالع (ومن ارسل بهيمة او كلبا وساقه) بان يمشى خلفه فاصاب احدهما مملوكا (ضمن مااصاب فى فوره) اى فى فور الارسال بان لايميل يمنة او يسرة لان فعله ينتقل الى المرسل بسوقه كما يضاف فعل المكره الى المكره فيما يصلح آلة له (وفى الطير لايضمن وان ساقه) والفرق ان بدن البهيمة والكلب يحتمل السوق فاعتبر سوقه وبدن الطير لايحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة (وكذا) لايضمن (فى الدابة والكلب اذا لم يسق) لكون كل واحد من الدابة والكلب مستقلا فى فعله (اوانفلتت) اى الدابة (بنفسها ليلا اونهارا فاصابت مالا اونفسا لايضمن صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار قال محمد هى المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم مايوجب النسبة اليه من الارسال وغيره وفى الهداية اذا ارسل دابة فى طريق المسلمين فاصابت فى فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه مادامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق اخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال فى الاصطياد ثم سارت فاخذ الصيد يعنى بحل صيده لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل وهذه الوقفة من الدابة تنافى مقصود المرسل فتقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا فى فوره حيث لايضمن المرسل وفى الارسال فى الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن ماتولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولاتسبيب الا بوصف التعدى ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فورها ضمن المرسل وان مالت يمينا وشمالا وله طريق اخر لايضمن وفى الكافى ومن فتح باب قفص وطار الطير او باب الاصطبل فخرجت الدابة وضلت لايضمن الفاتح لانه اعترض على سبب فعل فاعل مختار وقال محمد يضمن لان طيران الطير هدر شرعا وكذا فعل كل بهيمة فكانه خرج بلا اختيار فيضمن كما لو شق

زفاق ال مافيه (ومن ضرب دابة عليها راكب اونخسها) اى الدابة والنخس الطعن (فنفحت اوضربت بيدها احدا) مفعول نفحت وضربت على سبيل التنازع (اونفرت) اى الدابة من ضربه اونخسه (فصدمته) اى ضربت بنفسها احدا (فات ضمن هو) اى الضارب الدابة اوالناخس (لاالراكب ان فعل) اى الضارب اوالناخس (ذلك) اى الضرب اوالنخس (حال السير) اى سير الدابة لان الضارب اوالناخس متعد فى تسبيبه والراكب غير متعد فيترجح جانبه فى التغريم للتعدى (وان اوقفها لافى ملكه فعليهما) اى ان اوقف الدابة راكبها فى غير ملكه والمسئلة بحالها فالضمان عليهما نصفين وانما قيد بقوله لافى ملكه لانه اذا اوقفها فى ملكه لايضمن الراكب ايضا (وان نفحت) الدابة (الناخس فدمه هدر) لانه بمنزلة الجانى على نفسه (وان القت) الدابة (الراكب) فمات (فضمانه على الناخس) اى على عاقلته لانه متعد فى تسبيبه ففيه الدية على العاقلة (وان فعل ذلك) اى الضرب اوالنخس (باذن الراكب فهو كفعل الراكب) ولاضمان عليه فى نفحتها لان الراكب له ولاية نخس الدابة وضربها فاذا امر غيره بما يملك مباشرته جعل فعل المأمور كفعل الامر (لكن ان وطئت) الدابة (احدا فى فورها) من غير ان تميل يمنة او يسرة (بعد النخس بالاذن فديته عليهما) لانه قد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما اذا كانت فى فورها الذى نخسها لان سيرها فى تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعل السوق ولايتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه فالركوب وان كان علة للوطئ فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط اوعلة للسير والسير علة للوطئ وبهذا لايترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع فى بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما كما ان الحفر شرط وجود علة اخرى وهو الوقوع دون علة الجرح فكذا هذا (ولايرجع الناخس على الراكب فى الاصح) لانه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه والتلف انما حصل بالوطئ (كما لوامر صبيا يستمسك على دابته بتسييرها فوطئت انسانا فمات) ضمن عاقلة الصبى ديته (لايرجع عاقلة الصبى بما غرموا من الدية على الامر) لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وانما قال فى الاصح احترازا عما قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن فى الايطاء لانه فعله بامره فرجع بما لحقه من العهدة عليه (وكذا لوناول الصبى سلاحا فقتل به احدا) فانه يضمن ولايرجع على المناول (وكذا الحكم فى نخسها ومعها قائد اوسائق) يعنى من قاد دابة اوساقها فنخسها رجل اخر فانفلتت واصابت فى فورها فالضمان على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه كذا فى الهداية (وان نخسها شئ منصوب فى الطريق فالضمان على من نصبه) لان الناصب متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعل نفسه (ولافرق بين كون الناخس صبيا او بالغا) لان الصبى كالبالغ يؤاخذ بافعاله فيكون الضمان فى ماله وفى الكافى نقلا عن المبسوط ان كان الناخس صبيا فهو كالرجل فى ان ضمان الدية تجب على عاقلته لانه يؤاخذ بافعاله ومافى الهداية واذا كان صبيا ففى ماله يحتمل ان راد به اذا كانت الجناية على المال اوفيما دون ارش الموضحة (وان كان) اى الناخس (عبدا فالضمان فى رقبته) فيدفعه المولى بالضمان او يفديه (وجميع مسائل هذا الفصل والذى قبله ان كان الهالك ادميا فالدية على العاقله وان كان) الهالك (غيره) اى غير الادمى (فالضمان فى مال الجانى) لما تقرر ان العواقل لايتحملون ضمان المال (ومن فقأ عين شاة قصاب ضمن مانقصها) من حيث المالية لان المقصود منها اللحم فقط دون العمل فلا يعتبر فيها الا النقصان بلا تقدير وقيد بالعين لان فى العينين صاحبها بالخيار ان شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة كاملة وان شاء امسكها وضمنه النقصان كما فى التبيين (وفى عين الفرس او البغل او الحمار او بعير الجزار او بقرته ربع القيمة) لما روى انه عليه السلام قضى فى عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضى الله عنه ولان اقامة العمل انما يكون باربع اعين عيناها وعين المستعمل لها فصارت كانها ذات اعين اربع فيجب الربع بفوات احدهما وقال الشافعى يجب النقصان كما فى الشاة قيل والقصاب ليس بقيد فالحكم فى كل بقرة او بعير ربع القيمة فى العين الواحدة وفى كل شاة النقصان وانما وضع المسئلة فى بقرة الجزار وجزوره لئلا يتوهم انهما معدان للحم فيكون حكمها حكم الشاة وترك فى الاصلاح اضافة الشاة الى القصاب معللا بقوله لما فيه من مظنة الاختصاص خصوصا عند ملاحظة التعليل وليس بصحيح وجوابه ان وضع المسئلة فى شاة القصاب ايضا لئلا يتوهم انها معدة للحم فلا يعتبر النقصان فيما لايتعلق باللحم بل يوجد نقصان فى ماليتها لكونها فى حكم اللحم باعتبار المال

(باب جناية الرقيق والجناية عليه) لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع فى بيان احكام جناية المملوك وهو العبد واخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كما فى شروح الهداية ولقائل ان يقول انه ماوقع الفراغ من بيان احكام جناية الحر مطلقا بل بقى منه بيان جناية الحر على العبد وهو انما يتبين فى هذا الباب فالاظهر ان يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع من بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك البتة من جانب اخره لانحطاط المملوك رتبة من المالك اعلم انهم

اختلفوا فى موجب جناية العبد قيل موجبها الارش لان النصوص مطلقة من غير فصل الا ان للمولى ان يتخلص بالدفع تخفيفا عليه وقيل موجبها الدفع وللمولى ان يتخلص بالفداء ولهذا يبرأ المولى بهلاكه ولو كان الموجب الاصلى غيره لما برئ بهلاكه لانه يفوت به الدفع لا الفداء (جنايات المملوك لاتوجب الادفعا واحدا لو كان محلا للدفع) بان كان قنا وهو الذى لم ينعقد له شئ من اسباب الحرية كالتدبير وامومة الولد والكتابة (والا) اى وان لم يكن محلا للدفع بان كان له شئ من اسباب الحرية المذكورة فيما سلف فتوجب (قيمة واحدة لو) كان (غير محل له) اى للدفع ولايخفى ان قوله والا يفيد ماصرح به من قوله غير محل له فهو مستدرك بلا فائدة وفرع بقوله (فلو جنى عبد خطأ) هكذا فى الهداية وغيرها والتقييد بالخطأ هنا انما يفيد فى الجناية فى النفس لانه اذا كان عمدا يجب القصاص واما فيما دون النفس فلايفيد لان خطأ العبد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال فى الحالين اذ القصاص لايجرى بين العبد والعبد ولا بين العبيد والاحرار فيما دون النفس هذا اذا كان العبد كبيرا واما اذا كان صغيرا فعمده كالخطأ (فان شاء مولاه دفعه) اى العبد (بها) اى بالجناية (فيملكه وليها) اى ولى الجناية (وان شاء فداه بارشها) اى الجناية وذلك لان العبد لامال له ولاعاقلة ولايمكن اهدار الدم فجعلت رقبته مقام الارش الا انه خير المولى بين الدفع والفداء لئلا يفوت حقه فى العبد بالكلية (حالا) قيد للدفع والفداء جميعا اما الدفع فلانه عين ولاتأجيل فى الاعيان واما الفداء فلانه بدل العين فيكون فى حكمه ثم الاصل عند الامام ان الخطأ هو الارش وعندهما الاصل هو ان يصرف المال الى الجناية كما فى العمد فاذا اختار المولى الفداء وليس عنده مايؤدى فالعبد عبده عند الامام و يؤدى الارش متى وجد وعندهما ان لم يؤد الدية فى الحال فعليه الدفع الا ان يرضى الاولياء وفى الاقتصار على دفع العبد ايماء الى انه لوكسب العبد بعد الجناية كسبا واختار المولى دفعه لايدفع الكسب اتفاقا ولو ولدت امة الجناية لايدفع الولد عند صاحب المحيط وذكر شيخ الاسلام انه يدفع الولد كما فى البرجندى (فان مات العبد قبل ان يختار شيئا) من الدفع او الفداء (بطل حق المجنى عليه) لفوات محل الواجب (وان) مات (بعدما اختار) المولى (الفداء لايبطل حقه) اى المجنى عليه ولم يبرأ المولى لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى و بموت العبد لاتفسد ذمته (فان فداه المولى فجنى) اى العبد (ثانيا فالحكم كذلك) لانه قد طهر وخلص عن الجناية الاولى فيجب بالثانية الدفع او الفداء (وان جنى جنايتين دفعه) اى المولى العبد (بهما) اى بالجنايتين (فيقسمانه بنسبة حقوقهما) اى العبد المدفوع على قدر حقيهما (او فداه بارشهما) اى بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لايمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ثم اذا دفعه اليهم اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم ارش جنايته وللمولى ان يفتدى من بعضهم و يأخذ نصيبه من العبد ويدفع الباقى الى غيره لاختلاف الحقوق بخلاف ما اذا كان المقتول واحدا وله وليان او اولياء حيث لم يكن له ان يفتدى من البعض ويدفع الباقى الى البعض لاتحاد الحق (فان باعه) اى المولى العبد الجانى (او وهبه او اعتقه او دبره او استولدها) اى الجارية الجانية حال كونه (غير عالم بها) اى بالجناية (ضمن) اى المولى (الاقل من قيمته) والاقل (من ارشه) لانه فوت حقه بما صنع فيضمنه وحقه فى اقلهما بخلاف الاقرار على رواية الاصل لان المقر له يخاطب بالدفع او الفداء لانه ليس فيه نقل الملك لاحتمال صدقه والحقه الكرخى بالبيع لزوال ملكه ظاهرا ولو باعها من المجنى عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق اخذه بغير عوض لكن فى الهبة دون البيع واعتاق المجنى عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى لان فعل المأمور مضافا الى الامر ولو ضربه بعد العلم فنقصه فهو مختار لانه حبس جزأ منه وكذا وطئ البكر دون الثيب الا اذا اعلقها بخلاف التزويج لانه عيب حكمى و بخلاف الاستخدام لانه لايختص بالملك وكذا بالاذن فى التجارة وان ركبه ديون لان الاذن والدية لايمنع الدفع وعند الشافعى فى قول واحمد فى رواية ومالك ضمن الارش فقط (وان عالما بها) اى بالجناية (ضمن الارش) فقط بالاجماع لانه صار مختارا للفداء (كما لو علق) اى المولى (عتقه بقتل زيد او رميه او شجه) بان قال له ان قتلت فلانا او رميت زيدا او شججت رأسه فانت حر (ففعل) اى قتل او رمى او شج كان المولى مختارا للفداء فى جميع ذلك وقال زفر لايصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه لاجناية ولا علم له بوجوده و بعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا للفداء وعليه القيمة ولنا ان تعليق العتق مع علمه بانه يعتق عند القتل دليل اختياره فتلزمه الدية (وان قطع عبد يد حر) حال كونه (عمدا) اى عامدا (فدفع العبد اليه) اى الى الحر الذى قطعت يده (فاعتقه) اى المدفوع اليه (فسرى) اى القطع الى النفس فمات (فالعبد صلح بالجناية) لانه قصد صحة الاعتاق ولاصحة له الا بالصلح عن الجناية ومايحدث منها ابتداء ولهذا الونص عليه ورضى به جاز وكان مصالحا عن الجناية ومايحدث منها (وان لم يكن اعتقه) اى العبد المجنى ومات من السراية (رد) العبد (على سيده فيقاد او يعفى) لانه ظهر ان الصلح كان باطلا لانه وقع على المال وهو العبد عن دية اليد اذ القصاص لايجرى بين الحر والعبد

فى الاطراف وبالسراية ظهران دية اليد غير واجبة وان الواجب هو القود فصار الصلح باطلا لان الصلح لابدله من مصالح عنه والمصالح عنه المال فلم يوجد فبطل الصلح فوجب القصاص فالاولياء بالخياران شاؤا عفوا عنه وان شاؤا قتلوه (وكذا لوكان القاطع حرا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه) اى القاطع العبد (اليه) اى الى المقطوع (فان اعتقه) المقطوع (ثم سرى) القطع الى القتل فمات (فهو) اى العبد (صلح بها) اى بالجناية (وان لم يعتقه فسرى رد) العبد الى القاطع (واقيد) اوعفى والوجه مابين فاتحد الحكم والعلة وفى الهداية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفى عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لايجب هناك وهنا قال يجب قيل ماذكر هنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهر الان الحق كان له فى اليد من حيث الظ فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص اماههنا الصلح لايبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاما اذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ماذكرناه من قبل (وان جنى عبد مأذون مديون) جناية (خطأ فاعتقه) اى سيده (غير عالم بها) اى بالجناية (ضمن) اى السيد (لرب الدين الاقل من قيمته ومن دينه و) ضمن (لولى الجناية الاقل من قيمته) اى العبد (ومن ارشها) اى الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة على تقدير كونه مملوكا بان يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما السيد المعتق بالاتلاف وان اعتقه بعد العلم فعليه قيمته لرب الدين وارش الجناية لاولياء المجنى عليه (ولو ولدت مأذونة مديونة يباع) الولد (معها) اى مع امه (فى دينها) اى الام المأذونة (ولو جنت فولدت لايدفع) الولد (فى جنايتها) اى الجناية لولى الجناية والفرق ان الدين وصف حكمى فيها واجب فى ذمتها متعلق برقبتها فيسرى الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع فى ذمة الولى لافى ذمتها فلايسرى الى الولد ثم اعلم ان شرط السراية الى الولد ان تكون الولادة بعد لحوق الدين اما اذا ولدت ثم لحقها الدين لايتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف الاكساب حيث يتعلق الغرماء بها سواء كسبت قبل الدين او بعده (ولو اقر رجل ان زيدا حرر عبده فقتل ذلك العبد) فاعل قتل (ولى المقر خطأ فلاشئ له) اى للمقر يعنى انه اذا كان لرجل عبد زعم رجل اخران مولى ذلك العبد اعتقه ثم ان هذا العبد قتل وليا لهذا الزاعم خطأ فلاشئ له لانه متى زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى ديته على عاقلته وابرأ العبد والمولى فلزمه ما اقر به ولم يصدق على العاقلة بلاحجة (وان قال معتق) على صيغة المفعول (قتلت اخازيد) قتلا خطأ (قبل عتقى وقال زيد بل بعده فالقول للمعتق) لانه منكر للضمان لانه اسنده الى حالة منافية للضمان وهذا لان الوجوب فى جناية العبد على المولى دفعا اوفداء فلا يتصور وجوب الضمان فى قتل الخطأ على العبد فى حال رقه بحال (وان قال المولى لامة اعتقها) اى امة نفسه (قطعت) على صيغة المتكلم (يدك قبل العتق وقالت) الامة لا (بل بعده فالقول لها) اى للامة لانه اقر بسبب الضمان ثم ادعى مايبرؤه وهى تنكر فالقول للمنكر (وكذا) القول (فى كل مانال منها) اى اخذ المولى من الامة (الا الجماع والغلة) بان قال وطئتك وانت امتى وقالت لا بل بعد العتق فيكون القول قوله وكذا اذا اخذ من غلتها اى اكسابها لايجب عليه الضمان وان كانت مديونة وهذا عندهما (وعند محمد لايضمن) المولى (الاشيئا قائما بعينه يؤمر) المولى (برده اليها) اى على الامة لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما فى المسئلة الاولى وكما فى الوطئ والعلة وفى القيام اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التمليك عليها وهى تنكر فالقول قول المنكر ولهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى مايبرؤه فلايكون القول قوله كما اذا قال لغيره اذهبت عينك اليمنى وعينى تلك صحيحة فذهبت وسقط القود وقال المقر له لابل فقأت عينى وعينك ذاهبة ولى عليك الارش فالقول للمفقوء عينه وعلى الفاقئ الارش لان القضاء حصل مضمونا بتصادقهما الاان الفاقئ يدعى البراءة وخصمه منكر فكان القول قوله (ولو امر عبد محجور اوصبى صبيا بقتل رجل فقتله فالدية على عاقلة القاتل) لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاؤه سواء ولاشئ على الآمر سواء كان عبدا محجورا اوصبيا لانهما لايؤاخذان باقوالهما لعدم اعتبارها شرعا (ورجعوا) اى العاقلة (على العبد بعد عتقه) لان عدم اعتبار قول العبد انما هو لحق المولى وقد زال حق المولى بالاعتاق (لا على الصبى الامر) اى لاترجع العاقلة على الصبى الآمر لنقصان الاهلية وفى التبيين لاترجع العاقلة على العبد ايضا لان هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لمكان الحجر وهذا اوفق للقواعد الاترى ان العبد اذا اقر بعد العتق بالقتل قبله لايجب عليه شئ لكونه اسنده الى حالة منافيه للضمان ولهذا لوحفر العبد بئرا فاعتقه مولاه ثم وقع فيه انسان فهلك

لايجب على العبد شئ وانما تجب على المولى قيمته لان جنايته لا توجب عليه شيئا وانما توجب على المولى فتجب عليه قيمة واحدة ولومات فيها الف نفس فيقتسمونها بالحصص (ولوكان مأمور العبد مثله) بان امر العبد المحجور عبدا محجورا مثله بقتل رجل (دفع السيد) العبد القاتل (اوفداه ان كان) القتل (خطاء او) كان القتل (عمدا و) العبد (المأمور صغيرا) لان عمدا اصغير كالخطأ (ولايرجع) السيد (على الامر فى الحال) لان الامر قول وقول المحجور غير معتبر فلايواخذبه فى الحال بل (ويجب ان يرجع) السيد (عليه) اى على العبد (بعد عتقه) لزوال المانع وهو حق المولى (باقل من قيمته ومن الفداء) لان القيمة ان كانت اقل من الفداء فالمولى غير مضطر الى اعطاء الزيادة على القيمة بل يدفع العبد قال صدر الشريعة اقول ينبغى ان لايرجع بشئ لان الامر لم يصح والآمر لم يوقعه فى هذه الورطة لكمال عقل المأمور بخلاف ما اذا كان المأمور صبيا انتهى (وان كان) القتل (عمدا والمأمور عبدا كبيرا اقتص) لانه من اهل العقوبة وفى النهاية هذا الذى ذكر من الحكم لايقتضى ان يكون الآمر والمأمور محجورا عليهما لامحالة بل يكتفى بان يكون الآمر محجورا عليه لانه اذا امر العبد المحجور عليه العبد المأذون وباقى المسئلة بحالها فالحكم كذلك واما لوكان الآمر عبدا مأذونا والمأمور عبدا محجورا اومأذونا يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع اوالفداء على رقبة العبد الامر فى الحال بقيمة عبده لان الامر بامره صار غاصبا للمأمور فصار كاقراره بالغصب والعبد المأذون لواقر بالغصب يؤاخذبه فى حال رقه بخلاف المحجور (وان قتل عبد حرين لكل منهما وليان فعفا احد ولى كل منهما دفع) السيد (نصفه) اى نصف العبد (الى الاخرين اوفدى بدية لهما) يعنى للمولى الخياران شاء دفع نصف العبد الى الذين لم يعفوا من ولى القتيلين وان شاء فداه بدية كاملة لانه لما عفا احد ولى كل منهما سقط القصاص فى الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فاذا سقط القصاص وجب ان ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون الفا او يدفع العبد غيران نصيب العافين سقط مجانا وانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية او دفع نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما (وان قتل) العبد (احدهما) اى احد الحرين (عمدا و) قتل (الاخر خطأ فعفا احد ولى العمد فدى) السيد (بدية) كاملة (لولى الخطأ و) فدى (بنصفها لاحد ولى العمد) الذى لم يعف لان نصف الحق بطل بالعفو فبقى النصف وصار مالا ويكون خمسة آلاف درهم ولم يبطل شئ من حق ولى الخطأ وكان حقهما فى كل الدية عشرة آلاف (اودفعه) اى دفع السيد العبد (اليهم) اى الى الاولياء (يقتسمونه اثلاثا ثلثاه لولى الخطأ وثلثه للذى لم يعف من ولى العمد عولا عند الامام فيضرب ولى الخطأ بالكل وهو عشرة آلاف وغير العافى بالنصف وهو خمسة آلاف لان حقه فى النصف وحقهما فى الكل فصار كل نصف بينهما فصار حق ولى الخطأ فى سهمين وحق غير العافى فى سهم فيقسم العبد بين ولى الخطاء وبين غير العافى اثلاثا ثلثاه لولى الخطاء وثلثه لغير العافى (وعندهما) دفعه اليهم (ارباعا منازعة) ثلاثة ارباعه لولى الخطاء وربعه لولى العمد بطريق المنازعة فيسلم النصف لولى الخطأ بلامنازعة ومنازعة الفريقين فى النصف الاخر فينصف فلهذا يقسم ارباعا (وان قتل عبد لاثنين قريبا لهما فعفا احدهما بطل الكل) يعنى اذا كان عبد بين رجلين فقتل العبد قريبا لهما كاخيهما فعفا احدهما بطل حق الجميع عند الامام فلا يستحق غير العافى شيئا من العبد غير نصيبه الذى كان له من قبل (وقالا يدفع العافى نصف نصيبه الى الاخر) ان شاء (او يفديه بربع) ان شاء لان حق القصاص ثبت لهما فى العبد على الشيوع لان الملك لاينافى استحقاق القصاص عليه للمولى لانه مبقى على اصل الحرمة فى حق الدم واذا وجب القصاص وجب لكل منهما نصف القود شايعا نصفه فى ملكه ونصفه فى ملك صاحبه فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الاخر وهو النصف مالا غيرانه شايع فى كل العبد فما اصاب نصيبه سقط لان المولى لايستوجب على عبده مالا وما اصاب نصيب صاحبه ثبت وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف نصيبه او يفديه بربع الدية وللامام ان القصاص وجب حقا لهما من غير تعيين فاحتمل انه وجب لكل منهما فى كل العبد اوفى النصف مترددا بين نصفه اونصف صاحبه اوفيهما شايعا وكل ذلك لايمنع وجوب القود لان اجزاء العبد فى القود ليس بعضها باولى من بعض فاذا زال حقه الى المال احتمل وجوب الكل على احتمال تعلقه بنصيب صاحبه وبطلان الكل على احتمال التعلق بنصيبه ووجوب النصف بان يتعلق بهما شايعا والمال لايجب بالشك
فصل (* شرع فى بيان الجناية على العبد بعد مافرغ من بيان احكام جناية العبد على غيره (دية العبد قيمته) لان العبد انقص حالا من الاحرار (فان كانت) قيمة العبد (قدر دية الحر او اكثر نقصت) القيمة عن دية الحر عشرة دراهم وكذا لوكانت قيمة الامة كدية الحر او اكثر) يعنى ان من قتل عبدا خطأ تجب عليه قيمته ولاتزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر يقضى لوليه بعشرة آلاف درهم الا عشرة دراهم

وفى الامة اذازادت قيمتها على الدية يقضى بخمسة آلاف الاعشرة فى اظهرالروايتين وفى رواية الاخمسة هذا
عندالطرفين وقال ابو يوسف والشافعى تجب قيمة العبد اوالامة بالغة مابلغت لماروى عن عمر وعلى وابن عمر
رضى الله تع عنهم انهم اوجبوا فى قتل العبد قيمته بالغة مابلغت وبه قالت الائمة الثلاثة ولهما قوله تعالى ودية مسلمة
الى اهله فانه اوجبها مطلقا من غيرفصل بين ان يكون حرا اوعبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية وهو آدمى
فيدخل فى النص (وفى الغصب تجب القيمة بالغة مابلغت) يعنى اذا هلك العبد فى يد الغاصب فتجب قيمته بالغة
مابلغت بالاجماع لان ضمان الغصب يكون باعتبار المالية لاباعتبار الادمية (وكل ماقدر من دية الحر قدر
من قيمة الرقيق) لما ان القيمة فى الرقيق كالدية فى الحر لانها بدل الدم (ففى يده) اى يد الرقيق (نصف قيمته) كما ان فى يد
الحر نصف ديته (ولايزاد على خمسة آلاف الاخمسة) لان اليد من الادمى نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار
اظهار الدنو مرتبته عن مرتبة الحر وقيل يضمن فى الاطراف بحسابه بالغة مابلغت ولاينقص منه لان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال وهو الصحيح كما فى الدرر وفى العناية وقوله لايزاد على خمسة آلاف الاخمسة اى لايزاد على
هذا المقدار قال فى النهاية هذا الذى ذكره خلاف ظاهر الرواية فانه ذكر فى المبسوط فاما طرف المملوك فقد بينا
ان المعتبر فيه المالية لانه لايضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة مابلغت الا ان محمدا
رحمه الله تع قال فى بعض الروايات ان الاخذ بهذا القول يؤدى الى انه يجب بقطع طرف العبد فوق مايجب بقتله
الى ان قال فلهذا لايزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الاخمسة انتهى وفى التنوير وتجب حكومة
عدل فى لحيته قال فى شرحه وهو رواية الاصل لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروى الحسن عن الامام انه يجب
كمال القيمة لان الجمال فى حقه مقصود ايضا وفى المجتبى حلق رأس عبد فلم ينبت قال الامام ان شاء المولى دفعه اليه
واخذ قيمته وان شاء تركه (ومن قطع يد عبد عمدا فاعتق فسرى) الى القتل (اقتص منه ان كان وارثه سيده فقط والا)
اى بان كان له ورثة غير سيده (فلا) يقتص هذا عند الشيخين (وعند محمد لاقصاص اصلا) اى سواء كان وارثه
سيده فقط اولم يكن بل كان له ورثة غيره (وعليه) اى على القاطع (ارش اليد وما نقص الى حين العتق) اى ما
نقصه القطع الى ان اعتقه وانما لم يجب القصاص فيما اذا كان له ورثة سواه لاشتباه من له الحق لان القصاص
يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية
يكون الحق للورثة فيتحقق الاشتباه ويتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى اذا الكلام فيما اذا كان للعبد
ورثة اخرى سوى المولى واجتماعهما لايزيل الاشتباه لان الملك يثبت لكل واحد منهما فى احدى الحالتين ولايثبت
على الدوام فيهما فلا يكون الاجتماع مفيدا ولا ينقاد باذن كل واحد منهما لصاحبه لان الاذن انما يصح اذا كان الآذن
يملك ذلك بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان مالكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح
الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه (ومن قال لعبديه احدكما حر فشجا) اى العبدان بان شجهما آخر فبين المولى
العتق فى احدهما بعد الشج (فارشهما) اى ارش شجة ذينك العبدين (له) اى للمولى لان العتق لم يكن نازلا
فى المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فى حق الشجة (وان قتلا) على صيغة المجهول قبل التعيين ثم بين المولى
العتق فى احدهما (فله) اى للمولى (دية حر وقيمة عبد) ان كان (القاتل واحدا) لاقيمة عبدين ولادية حرين
والفرق ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف فى اصول الفقه فاعتبر انشاء فى حق المحل
وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا فيكون احدهما حرا بيقين حين الموت فيكون الكل نصفين
بين المولى والورثة لعدم الاولوية وان اختلفت قيمتهما يجب على القاتل نصف قيمة كل واحد منهما هذا اذا قتلا معا
ولو قتلهما واحد على التعاقب تجب عليه قيمة الاول للسيد ودية الاخر لوارثه اذ بقتل احدهما تعين العتق بالضرورة
لمن اخر (وان قتل كلا) اى كل واحد منهما (واحد فقيمة العبدين) اى اذا قتل اثنان كلا من العبدين ولم يدرا اولهما
اوقتلا معا تجب على كل قاتل قيمة عبد قتله لان العتق المبهم لايتعين الا بالبيان وهو لايتصور بعد الموت فلا يحكم
بعتق واحد منهما (ومن فقأ عينى عبد فان شاء سيده دفعه) اى العبد (اليه) اى الى الفاقئ (واخذ قيمته او) ان شاء
(امسكه) اى العبد (ولاشئ له) اى للمولى هذا عند الامام (وعندهما) ان شاء دفع العبد واخذ قيمته وان شاء امسكه لكن
(ان امسكه فله) اى للمولى (ان يضمنه) اى الفاقئ (نقصانه) اى نقصان قيمة العبد لهما انه فى الجناية بمنزلة المال
فاوجب ذلك تخيير المولى على الوجه المذكور كما فى سائر الاموال وله ان المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية
غير مهدرة فيه وفى الاطراف ومن احكام الآدمية ان لاينقسم الضمان على الجزء الفائت والقائم بل يكون
بازاء الفائت لاغير ولا يملك الجثة ومن احكام المالية ان ينقسم على الجزء الفائت والقائم فقلنا بانه لاينقسم اعتبارا

للادمية

للادمية ويملك الجثة اعتبارا للادمية وهذا اولى مما قالاه لان فيما قالاه اعتبار جانب المالية فقط * فصل * (وان جنى
مدبر او ام ولد ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش) اذ لاحق لولى الجناية فى اكثر من الارش ولامنع من المولى فى اكثر
من القيمة ولايثبت الخيار بين الكثير والقليل فى متحد الجنس لاختياره الاقل بلا شبهة (فان جنى) اى كل واحد
من المذكورين جناية (اخرى) فعند الامام (شارك ولى) الجناية (الثانية ولى) الجناية (الاولى فى القيمة ان دفعت)
اى القيمة (اليه) اى الى ولى الاولى (بقضاء) ولايطلب ولى الثانية من المولى شيئا لانه لا تعدى من المولى بدفعها
الى ولى الجناية الاولى لانه مجبور على الدفع بالقضاء فيتبع ولى الجناية الثانية ولى الجناية الاولى فيشاركه فيها ويقتسمانه
على قدر حقهما (والا) اى وان لم يدفع المولى القيمة الى ولى الجناية الاولى بقضاء بل برضاء (فان شاء
اتبع) ولى الثانية (ولى) الجناية (الاولى) وان شاء اتبع المولى لان جناية المدبر وام الولد انما توجب قيمة
واحدة فاذا دفعها الى الاول باختياره صار متعديا فى حق الثانى لان حصته وجبت عليه وليس له ولاية عليه
حتى ينفذ هذا الدفع فى حقه واذا لم ينفذ دفع المولى فى حق الثانى فالثانى بالخيار ان شاء اتبع ولى الاولى لانه تبين
انه قبض حقه ظلما فصار به ضامنا فيأخذ حقه منه وان شاء اتبع المولى لانه تعدى بدفع حقه اختيارا منه لاجبرا
بخلاف ما لو كان بقضاء القاضى على ما بين آنفا هذا عند الامام (وعندهما يتبع) ولى الجناية الثانية
(ولى الاولى بكل حال) اى سواء كان دفع المولى بقضاء القاضى او برضاه ولاشئ على المولى لان ما فعله
باختياره بمنزلة مافعله بالقضاء لانه ايصال حق الى مستحقه ولم تكن الجناية الثانية موجودة ح حتى يجعل متعديا
بالدفع (وان اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لايلزمه الاقيمة واحدة) لان دفع القيمة فيه كدفع العين ودفع العين
لايتكرر فكذا ماقام مقامه وام الولد كالمدبر فى جميع ماذكر من الاحكام (وان اقر المدبر بجناية خطأ لايلزمه شئ
فى الحال ولابعد عتقه) لان موجب جناياته على المولى لاعلى نفسه واقراره على المولى غير نافذ * باب غصب
العبد والصبى والمدبر والجناية فى ذلك (* لما ذكر حكم المدبر فى الجناية ذكر فى هذا الباب مايرد عليه ومايرد منه
وذكر حكم من يلحق به (ولو قطع سيد يد عبده فغصب) اى العبد بان غصبه آخر (فمات من القطع فى يد الغاصب
ضمن) الغاصب (قيمة) اى العبد (مقطوعا) لان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك
بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع (وان قطع سيده) اى العبد يده (عند الغاصب فمات) من القطع (برئ الغاصب)
من الضمان لان السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وكيف لايكون كذلك وقد استولى
عليه بحيث قطع يده وهو استرداد فبرئ الغاصب من الضمان (ولو غصب) عبد (محجور) عبدا (محجورا) مثله
(فمات) المغصوب (فى يده) اى الغاصب (ضمن) لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله وهذا منها فيضمن حتى لو ثبت الغصب
بالبينة يباع فيه بالحال بخلاف اقواله حتى لو اقر بالغصب لايباع بل يؤاخذ به بعد العتق (ولو غصب) على صيغة
المفعول (مدبر فجنى) ذلك المدبر عند غاصبه (ثم) رده الى مولاه فجنى (عند سيده او بالعكس) بان جنى عند سيده
جناية ثم جنى عند غاصبه جناية اخرى (ضمن سيده قيمته لهما) اى لولى الجنايتين فيكون بينهما نصفين لان جناية
المدبر وان كثرت قيمة واحدة وانما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب (ورجع) السيد (بنصفها) اى بنصف
القيمة التى ضمنها (على الغاصب) لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب ونصفها بسبب آخر وجد
عنده فيرجع على الغاصب بالسبب الذى لحقه من جهة الغاصب فصار كانه لم يرد نصف العبد (ودفعه الى رب) الجناية
الاولى فى الصورة الاولى) وهى ما اذا جنى المدبر عند غاصبه ثم عند مولاه ثم رجع به ثانيا عليه اى على الغاصب لان حق
الاولى فى جميع القيمة لانه حين جنى فى حقه لايزاحمه احد وانما انتقض باعتبار مزاحمة الثانى فاذا وجد الاول شيئا من
بدل العبد فى يد المولى فارغا يأخذه ليتم حقه فاذا اخذه منه يرجع المولى ثانيا بما اخذه منه على الغاصب لانه استحق من يده
بسبب كان عند الغاصب وهذا عند الشيخين (وعند محمد لايدفعه) اى نصف القيمة الذى رجع به على الغاصب لولى
الجناية الاولى بل هو مسلم للمولى اذ هو عوض ما اخذه ولى الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدى الى اجتماع البدل
والمبدل منه فى ملك شخص واحد (ولايرجع ثانيا) لان الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى الجناية
الاولى فلا يرجع كيلا يتكرر الاستحقاق (وفى الصورة الثانية) وهى ما اذا جنى المدبر عند مولاه جناية ثم عند غاصبه
اخرى (يدفعه) اى يدفع المولى ما رجع به على الغاصب الى ولى الجناية الاولى (ولايرجع) المولى على الغاصب (ثانيا)
بما دفعه الى ولى الجناية الاولى (بالاجماع) لان الجناية الاولى صدرت من المدبر وهو فى يد المولى (والقن فى الفصلين)
اى فيما اذا جنى عند غاصبه ثم عند مولاه (كالمدبر الا) ان الفرق بينهما (انه) اى المولى (يدفعه) اى القن نفسه
(وفى المدبر يدفع القيمة) اى قيمة المدبر (وحكم تكرار الرجوع والدفع كما فى المدبر اختلافا واتفاقا) فانه اذا دفع القن

اليهما رجع بنصف قيمته على الغاصب وسلم للمالك عند محمد وعندهما لايسلم له بل يدفعه الى الاول واذا دفعه اليه يرجع فى الفصل الاول على الغاصب ثانيا وفى الفصل الثانى لايرجع (ولو) غصب (رجل مدبرا مرتين فجنى) المدبر (عنده) اى الغاصب (فى كل منهما) اى فى كل من المرتين (غرم سيده قيمته لهما) اى لولى الجنايتين (ورجع بها على الغاصب ودفع نصفها) اى القيمة (الى ولى) الجناية (الاولى ورجع به) اى بالنصف (عليه) اى على الغاصب (ثانيا اتفاقا) وصورة المسئلة انه غصب رجل مدبرا فجنى عنده خطأ ثم رده على المولى فغصبه ثانيا ثم جنى ذلك المدبر عنده مرة اخرى يضمن المولى قيمة المدبر لولى الجنايتين بان يجعل القيمة نصفين لمنعه رقبته بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة بدل الرقبة ثم يرجع بتلك القيمة على الغاصب لحصول كل من الجنايتين عنده ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف السابق كالمسئلة الاولى وقيل على الاتفاق والى القول بالاختلاف اشار بقوله (وقيل فيه خلاف محمد) والفرق لمحمد ان فى الاولى الذى يرجع به عوض عما سلم لولى الجناية الاولى لان الثانية كانت فى يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما فى هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها فى يد الغاصب فلا يؤدى الى ماذكر (ومن غصب صبيا حرا) اى ذهب به بغير اذن وليه وذكره بلفظ الغصب مشاكلة اذ الغصب لايتحقق الا فى الاموال والحر ليس كذلك (فمات) اى الصبى (فى يده) اى فى يد الذاهب به (فجأة او بحمى فلا شئ عليه وان) مات (بصاعقة او نهش حية فعلى عاقلته) اى الذاهب (ديته) اى دية الصبى استحسانا والقياس ان لايضمن وهو قول زفر والشافعى لان الغصب فى الحر لايتحقق وجه الاستحسان ان ضمانه ليس لكونه غاصبا بل لتسببه لاتلافه بنقله الى مكان فيه الصواعق والحيات بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذلك لايختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى مكان تغلب فيه الحمى والامراض كالطاعون وغيره فانه يضمن وتجب الدية على العاقلة لقتله بالنقل تسبيا قال فى الغاية فان قيل فما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن تعديا فاصابه شئ من ذلك اجيب حكمه ان ينظر ان كان الناقل قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما فعل به فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع تمكنه من الحفظ كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد حيث لايمكنه حفظ نفسه انتهى (ولو قتل صبى عبدا مودعا عنده ضمن عاقلته) يعنى لو اودع مولى العبد عبده عند صبى فقتله ذلك الصبى ضمن عاقلة الصبى قيمة العبد (وان اكل) الصبى (طعاما او اتلف مالا اودع عنده فلا ضمان) عند الطرفين (خلافا لابى يوسف والشافعى) لانه اتلف مالا معصوما متقوما حقا للمالك فيجب عليه ضمانه ولهما ان المال غير العبد ليس بمعصوم لنفسه بل معصوم لحق المالك وقد فوت العصمة على نفسه حيث وضع ماله فى يد الصبى بخلاف العبد فان عصمته لحق نفسه اذ هو مبقى على اصل الحرية فى حق الدم فلهذا قلنا بضمان العاقلة قيمة العبد (ولو اودع) على صيغة المجهول (عند عبد محجور مال فاستهلكه) اى المال (ضمن) العبد (بعد العتق لا فى الحال) عند الطرفين (خلافا له) اى لابى يوسف فانه يؤاخذ به فى الحال عنده (والاقراض والاعارة كالايداع فيهما) اى فى العبد والصبى والدليل من الجانبين مامر آنفا (والمراد بالصبى العاقل) كما شرطه محمد فى الجامع الصغير وفى الجامع الكبير وضع المسئلة فى صبى عمره اثنى عشر سنة وذلك دليل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر ولهذا قال (وفى غير العاقل يضمن المال ايضا بالاتفاق) كما يضمن العاقل ايضا مالا اتلفه بلا ايداع ونحوه بالاتفاق لما بينا ان التسليط فيه غير معتبر لعدم عقله وفعله معتبر فلهذا قلنا بالضمان

(* باب القسامة *) لما كان امر القتيل فى بعض الاحوال يؤل الى القسامة فى اخر الديات فى باب على حدة اوائر وهى فى اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفى الشرع ايمان يقسم بها اهل محلة اودار وجد فيهما قتيل به جراحة ضرب او خنق ولا يعلم من قتله يقسم خمسون رجلا من اهل المحلة يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا وسببها وجود القتيل كما ذكرنا وركنها اجراء اليمين على لسان كل واحد من الخمسين بالله ماقتلته ولا علمت له قاتلا كما سيجئ وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته وان يكون الميت الموجود على الكيفية المذكورة وتكميل اليمين خمسين فان لم يبلغ المقسمون هذا العدد يكرر عليهم اليمين حتى يبلغ الخمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية بعد الحلف والحبس الى الحلف ان ابوا اذا ادعى الولى العمد والحكم بالدية عند النكول ان ادعى الولى القتل خطأ ومن محاسنها خطر الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص من يتهم بالقتل عن القصاص وتعيين الخمسين ثبت بالاحاديث المشهورة الواردة فى باب القسامة (اذا وجد ميت فى محلة به) اى بالميت (اثر القتل من جرح او خروج دم من اذنه او عينه) لانه لايخرج الدم منهما عادة الا من شدة الضرب فيكون قتيلا ظاهرا فيجرى عليه احكامه (او اثر خنق او) اثر (ضرب ولم يدر قاتله) اذ لو علم قاتله سقطت القسامة عن اهلها (وادعى وليه قتله) اى الميت (على اهلها)

اى على

اى على اهل المحلة كلهم (او بعضهم) عمدا او خطأ (ولا بينة له) اى للولى (حلف) على صيغة المفعول جواب اذا (خمسون رجلا منهم) اى من اهل المحلة (يختارهم الولى) صفة خمسون وانما كان الاختيار للولى لان اليمين حقه سواء اختار من يتهمه بالقتل كالفسقة والشبان او صالحى اهل المحلة لتحرزهم عن اليمين الكاذبة اكثر مما يتحرزه الفسقة فاذا علموا القاتل فيهم اظهروه ولم يحلفوا ولو اختار فى القسامة اعمى او محدودا فى قذف جاز لان هذه يمين وليست بشهادة فيعتبر اهلية اليمين بخلاف اللعان لانه شهادة وهما ليسا باهل للشهادة (بالله ماقتلناه ولا نعلم له قاتلا) فقوله بالله متعلق بحلف وقوله ماقتلناه وارد على سبيل الحكاية عن الجمع والا فعند الحلف يحلف كل واحد منهم بالله ماقتلته ولا علمت له قاتلا ولا يجمع معه غيره فى اسناد نفى القتل لانه يجوز ان يكون قاتلا وحده وينوى بلفظ الجمع ان يكون قاتلا مع الجماعة وكذا العلم فانه يجوز ان يكون عالما بالقتل وحده وينفى ان يكون غيره عالما به فان قيل اى فائدة فى قوله ماعلمت له قاتلا مع ان شهادة اهل المحلة غير مقبولة قلنا فائدته تعيين محل الخصومة فان الولى قد يعجز عن تعيينه وقد يظن غير القاتل قاتلا (ثم قضى) على صيغة المجهول (على اهلها) اى المحلة (بالدية) لوجود القتيل بينهم والاصل فى ذلك ماروى ابن عباس رضى الله تع عنه ان النبى عليه السلام كتب الى اهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذى يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت فى بنى اسرائيل فانزل الله على موسى امرا فان كنت نبيا فاسئل الله مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى ارانى ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس اى بالوحى (وما تم خلقه كالكبير) اى اذا وجد سقط او جنين تام الخلق به اثر من الاثار المذكورة فهو كالكبير فى الاحكام المذكورة لان تمام الخلق ينفصل حيا ظاهرا وان كان ناقص الخلق فلا شئ عليهم لانه انفصل ميتا ظاهرا (ولا يحلف الولى وان كان لوث) اى عداوة خلافا للشافعى فانه قال اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا فان حلفوا يقضى بالدية على المدعى عليه عمدا كانت دعوى القتل او خطأ فى قول وفى قول يقضى بالقود اذا كانت الدعوى فى العمد وهو قول مالك وان نكل المدعى عن اليمين حلف المدعى عليهم فان حلفوا برئوا ولا شئ عليهم وان نكلوا فعليهم القصاص فى قول والدية فى قول واللوث عندهما قرينة حال توقع فى القلب صدق المدعى بان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه كالدم او ظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له حلف اهل المحلة على ماقلنا والاختلاف فى موضعين فى تحليف المدعى اولا وفى براءة اهل المحلة باليمين (فان نقص اهلها) اى اهل المحلة (عن الخمسين كررت اليمين عليهم الى ان يتم) خمسون لان اليمين واجب بالنص فيجب اتمامها ما امكن ولا يشترط معرفة الحكمة فى هذا العدد الثابت بالنص وقد روى عن عمر رضى الله تع عنه انه قضى بالقسامة وعنده تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم ليتم به خمسون ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعى مثله (ومن نكل) منهم عن اليمين (حبس حتى يحلف) لان اليمين واجبة فيه تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع فيه بين اليمين والدية بخلاف النكول فى الاموال هذا اذا ادعى الولى القتل على جميع اهل المحلة او على بعض منهم غير معين والدعوى فى العمد والخطأ سواء ولو ادعى على واحد منهم بعينه انه قتل عمدا او خطأ فكذلك الحكم على ماذكر فى المبسوط وعن ابى يوسف فى غير رواية الاصول انه تسقط القسامة والدية عن الباقين فى القياس كما لو ادعى على واحد من غيرهم وفى الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لاطلاق النصوص (ومن قال منهم) اى من المستحلفين (قتله فلان استثناه) ضمير الفاعل عائد الى من وضمير المفعول الى فلان (فى يمينه) بان يقول بالله ماقتلته ولا علمت له قاتلا الا فلانا لانه قد يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله قتله فلان فلا يقبل قوله فيحلف كما ذكرنا (وان ادعى الولى القتل على غيرهم) اى على رجل من غير اهل المحلة (سقطت) القسامة (عنهم) اى عن اهل المحلة اما اذا ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه لا تبطل القسامة والدية عن اهلها وعن الامام فى رواية يكون ذلك ابراء منه لاهل المحلة كما فى الخانية (ولا تقبل شهادتهم) اى اهل المحلة (به) اى بالقتل (على غيرهم) اى على غير اهل المحلة الذى ادعى الولى القتل عليه هذا عند الامام (خلافا لهما) لبراءتهم من التهمة بادعاء الولى القتل على غيرهم كالوصى اذا خرج عن الوصاية بعد ماقبلها ثم شهد لاتقبل شهادته واصله ان من صار خصما فى حادثة لاتقبل شهادته فيها ومن كان بعرضة ان يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل شهادته وهذان الاصلان متفق عليهما عند الكل غير انهما يجعلان اهل المحلة ممن له عرضة ان يصير خصما وهو يجعله ممن انتصب خصما وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل فمن ذلك الوكيل بالخصومة اذا خاصم

عندالحاكم ثم عزل لاتقبل شهادته والشفيع اذاطلب الشفعة ثم تركها لاتقبل شهادته بالبيع امااذالم يخاصم الوكيل ولم يطلب الشفعة الشفيع فتقبل شهادتهما لكونهما فى عرضة الخصومة وفى الذخيرة اذا وجد القتيل فى محلة وادعى اهل المحلة ان فلانا قتله دونهم واقاموا على ذلك بينة من غير محلتهم جازت الشهادة وثبت لهم البراءة عن القسامة والدية ادعى ولى القتيل ذلك اولم يدع بخلاف ماذا عينوا رجلا من اهل المحلة فان الدية والقسامة على اهل المحلة فى الشرع على حالها ولم يتضمن ذلك براءتهم وروى عن الطرفين ان القسامة تسقط وفى التبيين ودعوى الولى على واحد من غير اهل المحلة تسقط القسامة عنهم وعلى معين منهم لاهذا ان ادعى الولى امااذا ادعى المجروح فقال قتلنى فلان ثم مات واقام وارثه بينة على رجل اخرانه قتله لاتقبل بينته (و) لاتقبل شهادة اهل المحلة (على بعضهم ان ادعاه) اى الولى (اجماعا) لان الخصومة قائمة مع الكل لمامر انهم كانوا خصماء فى هذه الحادثة وبالشهادة تقطع الخصومة عن نفسه فكان متهما فى هذه الشهادة فلاتقبل شهادته وفى رواية عن ابى يوسف انها تقبل فكان الاولى ترك قوله اجماعا (ووجودا كثر البدن او نصفه مع الرأس) فى المحلة (كوجود كله) لان هذا قتيل وجد فى محلة فللاكثر حكم الكل (ولاقسامة على صبى و) لاعلى (مجنون) لان اليمين يجرى على قول صحيح ولايجرى منهما قول صحيح على قاتل (ولا) على (امرأة و) لا على (عبد) حيث لم يكونا من اهل النصرة واليمين على اهلها الا اذا جعل كل منهما قاتلا (ولاقسامة ولادية فى ميت لااثر به) من الضرب (او يخرج الدم من فمه او انفه او دبره اوذكره) لان الدم يسيل فى هذه المواضع بعلة فلايكون قتيلا لان القتيل عرفا هو فائت الحيوة بسبب مباشرة الحى عادة والقسامة شرعت فى المقتول وهو انما باين الميت حتف انفه بالاثر فمن لااثر له فهو ميت فلا حاجة بنا الى صيانة دمه عن الهدر ومن به اثر فهو مقتول وبنا حاجة الى صيانة دمه عن الهدر وذا بان يكون به جراحة او اثر ضرب اوخنق وكذا اذا خرج الدم من عينه او اذنه لان الدم لايخرج منهما عادة الابجرح فى الباطن (اووجد) فى محلة (اقل من نصفه ولو) كان الاقل (مع الرأس او) وجد (نصفه مشقوقا بالطول) اووجد يده اورجله اورأسه فلاشئ عليهم فيه لان الموجود ليس بقتيل اذالاقل ليس كالكل ولان هذا يؤدى الى تكرار القسامة والدية فى قتيل واحد فانالواوجبنا بوجود النصف فى هذه المحلة القسامة والدية على اهلها لم نجد بدامن ان توجب اذاوجد النصف الاخر فى محلة اخرى القسامة والدية على اهلها وتكرار القسامة والدية فى قتيل واحد غير مشروع والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لووجد الباقى تجرى فيه القسامة لاتجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقى لاتجرى فيه القسامة تجب والمعنى مابينا (وان وجد القتيل (على دابة يسوقها) اى الدابة (رجل فالدية على عاقلته) اى عاقلة السائق سواء كان السائق مالكا للدابة اوغيرمالك لااهل المحلة لانه فى يده لافى ايديهم (وكذا) اى يضمن عاقلة القائد وعاقلة الراكب (لوكان يقودها اوراكبها) لانه فى يده فصاركما اذا كان فى داره (وان اجتمعوا) اى السائق والقائد والراكب (فعليهم) اى تجب الدية عليهم لانه فى ايديهم فصاركما اذاوجد فى دارهم ولايشترط ان يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار والفرق ان تدبير الدابة اليهم وان لم يكونوا مالكين لها وتدبير الدار الى مالكها وان لم يكن ساكنا فيها وقيل القسامة والدية على مالك الدابة فعلى هذا لافرق بينها وبين الدار (وان وجد) قتيل (على دابة بين قريتين فعلى اقربهما) اى اقرب القريتين الى القتيل الذى وجد على ظهر الدابة التى مرت بين القريتين لماروى انه عليه السلام امر فى قتيل وجد بين قريتين بان يذرع فوجد اقرب الى احدهما بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية واشترط سماع الصوت من القريتين ولم يقيده المص هنا بهذا القيد تبعا للكنز قال شارحه الزيلعى هذا محمول على مااذا كانوا بحيث يسمع منهم الصوت واما اذا كانوا بحيث لايسمع منهم الصوت فلاشئ عليهم لانه اذا كانوا بحيث يسمع منهم الصوت يمكنهم الغوث فينسبون الى التقصير فى النصرة وان كانوا بحيث لايسمع منهم الصوت فلاينسبون الى التقصير فى النصرة انتهى وقد صرح بهذا القيد فى الولوالجية حيث قال ولووجد القتيل بين القريتين ينظر الى ايهما اقرب وانما تجب القسامة والدية على اقرب القريتين اذا كان بحال يسمع منه الصوت امااذاكان بحال لايسمع منه الصوت لايجب على واحدة من القريتين ويراعى حال المكان الذى وجد فيه القتيل ان كان مملوكا تجب القسامة على الملاك والدية على عاقلتهم وان كان مباحا لكنه فى ايدى المسلمين تجب الدية فى بيت المال وفيها ايضا ولو وجد قتيل فى ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهل القرية فهو على صاحب الارض لان العبرة للملك والولاية (وان وجد) قتيل (فى دارنفسه فعلى عاقلته) اى تجب الدية على عاقلة القتيل لورثته عند الامام (وعندهما لاشئ فيه) لانه لماوجد قتيلا فى دارنفسه جعل

كانه قتل نفسه ومن قتل نفسه يهدر دمه وقال الامام انماوجبت الدية على عاقلته لانه لو وجد غيره قتيلا فى ذلك الموضع كانت الدية على عاقلته لان السبب وجود القتيل فى ذلك المكان كمانص عليه عمر رضى الله تعالى عنه وحين وجد قتيلا كانت الدار مملوكة لورثته لاله لانه ميت ليس من اهل الملك فلهذا كانت الدية على عاقلته (وان وجد) اى القتيل (فى دارانسان فعليه) اى على ذلك الانسان (القسامة) لان التدبير فى حفظ الملك الخاص الى المالك (وعلى عاقلته الدية) لان نصرته وقوته بهم (وان كانت العاقلة حضورا يدخلون فى القسامة ايضا) اى كصاحب الدار عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه قال لاقسامة على العاقلة لان رب الدار اخص بها من غيره فلايشاركه غيره فى القسامة كاهل المحلة فانه لايشاركهم عواقلهم فيها ولهما ان الحضور لزمهم نصرة الموضع كمايلزم رب الدار فيشاركونه فى القسامة (والا) اى وان لم تكن العاقلة حضورا بل كانوا غائبين (كررت) الايمان (عليه) اى على رب الدار ووجبت الدية على العاقلة لما تقدم (والقسامة على الملاك دون السكان) عند الطرفين يعنى اذا كان فى المحلة سكان وملاك فالقسامة على الملاك عندهما (وعند ابى يوسف على الجميع) لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى ولانه عليه السلام قضى بالقسامة والدية على اهل خيبر وقد كانوا سكانا ولان وجوبهما عليهم لالتزامهم الحفظ اولوجود القتيل بينهم والكل فى ذلك سواء وان كانوا ينتقلون الى اهليهم بالليل مثل الخياط والصباغ يكونون بالنهار فى موضع وينصرفون الى اهليهم بالليل فلا شئ عليهم ولهما ان التدبير فى حفظ المحلة الى الملاك دون السكان لان السكان ينتقلون فى كل وقت من محلة الى محلة دون الملاك ولان مايكون من الغنم وهو الشفعة يختص به الملاك فكذا مايكون من الغرم واما اهل خيبر فكانوا ملاكا لاسكانا الملاك هم اصحاب الرقبة والسكان هم المستأجرون والمستعيرون والمودعون والمرتهنون واذا وجد الضيف فى دار المضيف قتيلا فهو على رب الدار عند الامام وقال ابو يوسف ان كان نازلا فى بيت على حدة فلادية ولاقسامة واذا كان مختلطا فعليه الدية والقسامة والفتوى اليوم على قول ابى يوسف (وهى) اى القسامة (على اهل الخطة) اى اصحاب الاملاك القديمة الذين تملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين (ولو بقى منهم) اى من اهل الخطة (واحد دون المشترين) هذا عند الطرفين رحمهما الله (وعند ابى يوسف على المشترين ايضا) لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ ولهذا جعلوا مقصرين وولاية الحفظ باعتبار الكون فيها وقد استووا فصار كالدار المشتركة بين واحد من اهل الخطة وبين المشترى ولوكان للخطة تأثير فى التقدم لما شاركه المشترى ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بتدبير المحلة والمحلة تنسب اليه دون المشترين وقلما يزاحمه المشترى فى التدبير والقيام بحفظ المحلة فكان هو المختص بالقسامة ووجوب الدية دون المشترى وقيل انما اجاب الامام بهذا بناء على ماشاهده من عادة اهل الكوفة فى زمانه ان اصحاب الخطة فى كل محلة يقومون بتدبير المحلة ولايشاركهم المشترون فى ذلك (وان لم يبق من اهل الخطة احد فعلى المشترين بالاتفاق) اى اذالم يبق من اهل الخطة احد بان باعوا كلهم فالقسامة والدية على المشترين لانه زال من يتقدمهم او يزاحمهم فانتقلت الولاية اليهم عندهما وعند ابى يوسف حصلت لهم الولاية لزوال من يزاحمهم والفرق بين التعليلين خفى يظهر بالتأمل (وان بيعت دار ولم تقبض) فوجد فيها قتيل (فعلى البايع) اى تجب القسامة والدية على عاقلة البايع عند الامام (وعندهما على المشترى) لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ والملك للمشترى قبل القبض فى البيع البات فلهذا وجبت عليه القسامة والدية وله ان القدرة على الحفظ باليد لابالملك واليد قبل القبض للبايع فكان مقصرا فى الحفظ فوجبت عليه (وفى البيع بخيار على) عاقلة (ذى اليد) عند الامام (وعندهما على من يصير الملك له) لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ فلاتجب الاعلى من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا لوكانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع وماشرط فيه الخيار يعتبر فيه قرار الملك وله ان الحفظ انما يكون فى الايدى لانه يقدر على الحفظ باليد بدون الملك ولايقدر عليه بالملك بدون اليد والحاصل انه اعتبر اليد وهما اعتبرا الملك ان وجد والا فيتوقف على قرار الملك (ولاتدى عاقلة ذى اليد الابحجة انها) اى الدار (له) يعنى اذا كانت دار فى يد رجل فوجد فيها قتيل لاتعقله عاقلته حتى يشهد الشهود انها لصاحب اليد واليد وان كانت تدل على الملك الا انها تحتمله فلاتكفى لايجاب الضمان على العاقلة كمالاتكفى لاستحقاق الشفعة فى الدار المشفوعة لان ماثبت بالظاهر لايصلح حجة للاستحقاق ويصلح للدفع كماعرف فى الاصول ولافرق فى ذلك بين ان يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار اوغيره (وان وجد) اى القتيل (فى دار مشتركة سهاما مختلفة) بان كان نصفها لرجل وعشرها لاخر ولاخر مابقى (فالقسامة والدية على الرؤس) لان هذا الحكم مضاف الى ولاية الحفظ

وعند التقصير فيه يثبت احكام القتل بدلالة الملك وولاية الحفظ ثابتة لهم على السواء والدلالة واحدة لا يختلف
اثرها بتفاوت الملك فكان على عدد الرؤس كالشفعة (وان وجد) اى القتيل (فى سفينة فعلى من فيها) اى فى السفينة
(من الملاحين والركاب) جمع راكب اى تجب القسامة والدية على من كان فى السفينة من اربابها وسكانها المالك
وغير المالك فى ذلك سواء لانهم فى تدبيرها سواء اذا حزبهم امر اما على مذهب ابى يوسف فظ لتسويته فى الدار
بين السكان والملاك واما على قولهما فلان السفينة تنقل وتحول فتكون فى اليد حقيقة فانها مركب كالدابة (وان وجد
فى مسجد محلة فعلى اهلها) لانهم احق الناس بالتدبير فيه (وان) وجد القتيل (بين قريتين فعلى اقربهما) اى القريتين
الى القتيل لما روينا سابقا (وان) وجد (فى سوق مملوك فعلى المالك) عند الامام (وعند ابى يوسف على السكان)
سواء كانوا ملاكا او غير ملاك قال صاحب التسهيل اقول ينبغى ان يشارك الملاك السكان عند ابى يوسف
كما فى مسئلة الدار (وفى غير المملوك) من الاسواق (كالشوارع) جمع شارع وهو الطريق الاعظم (على بيت المال)
اى تجب الدية على بيت المال بدون قسامة لان المق بالقسامة نفى تهمة القتل وهذا لا يتحقق فى حق العامة وفى الدرر
اعلم ان الطريق ينقسم ابتداء الى قسمين احدهما طريق خاص وهو ما يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل
لا مخرج والاخر طريق عام وهو ما لا يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل ومخرج ويسمى هذا بالشارع وهو ايضا
قسمان احدهما شارع المحلة وهو ما يكون المرور فيه اكثر لاهل المحلة وقد يكون لغيرهم ايضا وهذا ما قال فى الينابيع
وفى مسجد محلة على اهلها كما لو وجد فى شارع المحلة والاخر الشارع الاعظم وهو ما يكون مرور جميع الطوائف
فيه على السوية كالطريق الواسعة فى الاسواق وخارج البلدان وهذا ما قال صاحب الهداية ومن وجد فى الجامع
والشارع الاعظم فلا قسامة فيه هكذا يجب ان يعلم هذا المقام حتى تندفع الشبهة وتضمحل الاوهام انتهى
وقال شارح الهداية فى شرح قول صاحب الهداية وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة فعلى بيت المال انما اراد بها
ان تكون نائية عن المحال واما الاسواق التى تكون فى المحال فهى محفوظة بحفظ اهل المحلة فتكون القسامة والدية
على اهل المحلة انتهى وقال الزيلعى وفى الجامع والشارع لا قسامة والدية على بيت المال لان التدبير فى مسجد المحلة اليهم
والجامع والشارع للعامة ثم قال بخلاف الاسواق المملوكة لاهلها والتى فى المحال والمساجد التى فيها حيث
يجب الضمان فيها على اهل المحلة او على الملاك على الاختلاف الذى هنا لانها محفوظة بحفظ اربابها او بحفظ اهل المحلة
انتهى ونحوه فى البزازية وقد افتى بعض الفضلاء بوجوب القسامة والدية على اقرب المحلات وقال وانما يكون
على بيت المال فيما اذا كان الشارع نائيا عن المحلات نص على ذلك فى شروح الهداية وعامة كتب الفتاوى انتهى
وانما اطنبنا الكلام فى هذا المقام لما يفهم من اطلاق المتون ان الدية فيما ذكر على بيت المال من غير تقييد بالبعد
عن المحلات ولا بد من اعتبار هذا التقييد كما هو فى اكثر المعتبرات (وكذا) تجب الدية على بيت المال (ان وجد القتيل
فى المسجد الجامع) لانه للعامة لا يختص به واحد دون واحد (وكذا ان وجد فى السجن) عند الطرفين (وعند ابو يوسف
على اهل السجن) لهما ان اهل السجن مقهورون فى السكون فى ذلك الموضع فقلما يقومون بحفظه والتدبير فيه
ثم ذلك الموضع معد لمنفعة المسلمين فدية القتيل الموجود فيه تكون على بيت المال وابو يوسف اعتبر كونهم سكانا
وهم الذين يقومون بتدبير ذلك الموضع مادام موافيه فالظاهر ان القتل حصل منهم قالوا وهذا الاختلاف بناء على مسئلة
الملاك والسكان كذا فى الكافى (وان) وجد (فى برية) بكسر الراء وتشديد الياء الصحراء (ليس بقربه) هكذا فى عامة
النسخ بضمير المذكر فان صح يكون التذكير باعتبار الموضع او المكان والجملة صفة لبرية (قرية يسمع منها) اى القرية
(الصوت) الجملة الفعلية صفة لقرية (فهو هدر) اما اذا سمع منها الصوت تكون فناء العمران وهم احق بالتدبير فيه
لرعى مواشيهم الا يرى انه ليس لاحد ان يحيى ذلك الموضع بغير رضاهم واما اذا لم يسمع منها الصوت الواقع فى البرية
فيعد ذلك الموضع من جملة الموات فلا يجب فيه شئ ولا يوصف اهل القرية بالتقصير لان القتل بهذه الحالة
لا يلحقه الغوث بتصويته وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد فان كانت فالقسامة والدية على عاقلته (وكذا لو) وجد
(فى وسط الفرات) قال فى المغرب هو نهر الكوفة والمراد به النهر العظيم لا بخصوص نهر الفرات فكانه قال وما يشبهه
ولهذا قال فى المبسوط اذا وجد القتيل فى نهر عظيم يجرى به الماء فلا شئ فيه وذكر الوسط ليس بقيد احترازى
لان حكم الشط كحكم الوسط مادام يجرى بالقتيل ماؤه (وان) وجد (محتبسا بالشط) اى جانب النهر (فعلى اقرب
القرى منه) اى من الشط لان الشط فى ايديهم بحيث يستقون منه ويوردون دوابهم عليه فكانوا احق بتدبيره فكان
ضمان المحتبس فيه عليهم ولو كان نهرا صغيرا لقوم معروفين فالقسامة والدية عليهم لانهم احق الناس بالانتفاع
بمائه سقيا لاراضيهم والتدبير فى كريه واجراء الماء منه اليهم فكان بمنزلة المحلة والنهر الصغير ما يستحق بالشركة

فيه الشفعة وما لا يستحق بالشركة فيه الشفعة فهو نهر عظيم كالفرات وجيحون كذا فى الكافى (وان التقى قوم بالسيوف
ثم اجلوا) اى انكشفوا وتفرقوا (عن قتيل فعلى اهل المحلة) لان حفظ المحلة فى مثل ذلك واجب على اهلها فحيث قصروا
فى الحفظ وجبت عليهم القسامة والدية (الا ان يدعى وليه) اى القتيل (على القوم) الذى التقوا واجلوا (او على واحد
معين منهم فتسقط) اى القسامة والدية (عنهم) اى عن اهل المحلة لانه بدعواه جعل مبريا لاهل المحلة عن القسامة
والدية (ولا يثبت) القتل (على) اولئك (القوم) الذى التقوا واجلوا (الا بحجة) اذ بمجرد الدعوى لا يثبت الحق لقوله
عليه السلام لو خلى الناس ودعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعى واليمين على من انكر (ولو
وجد) اى القتيل (فى معسكر) اى موضع عسكر (بارض غير مملوكة) لاحد (فان) وجد (فى خباء) هو الخيمة من الصوف
(او فسطاط) وهو الخيمة العظيمة (فعلى ربه) اى رب الخباء او الفسطاط (والا فعلى الاقرب) اى تجب الدية والقسامة
على اهل ذلك الخباء او الفسطاط الاقربين (منه) اى من القتيل لان المعتبر هو اليد فى الموضع الذى لا ملك لاحد فيه قالوا
هذا اذا نزلوا قبايل قبايل متفرقين واما اذا نزلوا جملة مختلطين فالدية والقسامة على العسكر جميعهم لانهم لما نزلوا جملة
مختلطين صارت الامكنة كلها بمنزلة محلة واحدة فتكون منسوبا اليهم كلهم فتجب غرامة ما وجد فى خارج الخيام
عليهم كلهم (وان كانوا) اى العسكر (قد قاتلوا عدوا) ووجد قتيل بينهم (فلا قسامة ولا دية عليهم) لان الظاهر ان
العدو قتله فكان هدرا (وان كانت الارض) التى نزل بها العسكر (مملوكة) لاحد (فالعسكر كالسكان والقسامة على المالك
لا عليهم) اى لا على العسكر لان المالك هو المختص بالتدبير فى ملكه وحفظ ملكه اليه كما مر ان لا عبرة للسكان مع الملاك عند
الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه يوجب القسامة والدية على الملاك والسكان جميعا ودليله مذكور فيما سبق
فلا حاجة الى اعادته (ومن جرح فى قبيلة ثم نقل الى اهله ولم يزل ذا فراش حتى مات) من تلك الجراحة (فالقسامة
والدية (على القبيلة) التى جرح بها (عند الامام وعند ابى يوسف لا شئ فيه) لان القسامة والدية انما شرعت فى القتيل
الموجود وهذا جريح ليس بقتيل فصار كما لو لم يكن صاحب فراش ولهما انه اذا كان صاحب فراش فهو مريض
والمرض اذا اتصل به الموت يجعل كالميت من اول سببه فى حكم التصرفات فكذا فى حكم القسامة والدية يجعل كانه مات
حين جرح فى ذلك الموضع فاما اذا لم يكن صاحب فراش فهو فى حكم التصرفات كالصحيح فكذا فى حكم القسامة
والدية وعلى هذا التخريج اذا وجد على ظهر انسان يحمله الى بيته فات بعد يوم او يومين فان كان صاحب فراش
حتى مات فهو على الذى كان يحمله كما لو مات على ظهره وان كان يذهب ويجئ فلا شئ على من حمله وفيه
خلاف ابى يوسف وهذا لان وجوده جريحا فى يده كوجوده جريحا فى المحلة كذا فى الكافى واليه اشار بقوله (ولو) كان
(مع المجروح رجل فحمل) ذلك الرجل المجروح الى اهله (ومات) المجروح فى اهله (فلا ضمان على الرجل) الحامل
عند ابى يوسف وفى قياس قول الامام يضمن) والعلة فيه من الطرفين ما اسلفناه نقلا عن الكافى (ولو ان رجلين
كانا فى بيت) واحد (فوجد احدهما مذبوحا ضمن الاخر ديته عند ابى يوسف خلافا لمحمد) فانه قال لا يضمن لانه يحتمل
انه قتل نفسه ويحتمل ان يكون قتله الاخر فلا يجب الضمان بالشك ولابى يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه
فلا يعتبر هذا التوهم كما لا يعتبر اذا وجد قتيلا فى محله (ولو وجد القتيل فى محلة لامرأة كررت اليمين عليها وتدى عاقلتها
عند الطرفين (وعند ابى يوسف على عاقلتها القسامة ايضا) كالدية لان القسامة على اهل النصرة والمرأة ليست
منها فاشبهت الصبى لهما ان القسامة فى القتيل فى الملك باعتبار الملك نفيا لتهمة القتل والمرأة فى الملك وتهمة القتل
كالرجل فى القسامة (قال المتأخرون والمرأة تدخل فى التحمل مع العاقلة فى هذه المسئلة) اى قال المتأخرون من اصحابنا
ان المرأة تدخل مع العاقلة فى التحمل فى هذه المسئلة لانها حيث جعلناها قاتلة شاركت العاقلة فى الدية لانه حيث
وجبت الدية على غير المباشر فعلى المباشر اولى ان يجب جزء منها (ولو وجد) اى القتيل (فى ارض رجل فى جنب
قرية) صفة الارض (ليس صاحب الارض منها) اى من تلك القرية والجملة المصدرة بليس صفة قرية (فهو) اى
وجوب الدية والقسامة (على صاحب الارض) لان التدبير فى حفظ الملك الخاص الى المالك دون غيره فيجعل
كان المالك هو القاتل *) كتاب المعاقل (* المعاقل (جمع معقلة) كالمفاخر جمع مفخرة من عقل يعقل عقلا وعقولا
ولما كان موجب القتل الخطأ وما فى معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها وبيان احكامها فى هذه الكتاب فقال
(وهى) اى المعاقل (الدية) وسميت الدية عقلا ومعقلة لانها تعقل الدماء من ان تسفك اى تمسكها وتمنعها لما يلزم
عليها من وجوب الدية ويسمى العقل عقلا لمنعه صاحبه عن القبايح (والعاقلة من يؤديها) اى الدية (وهم) اى
المؤدون (اهل الديوان) وهم الجيش الذى كتبت اسماؤهم فى الديوان وفى القاموس والديوان يكسر ويفتح مجتمع
الصحف والكتاب يكتب فيه اهل الجيش واهل العطية واول من وضعه عمر رضى الله تعالى عنه جمعه دواوين ودياوين

انتهى والاصل فى ايجاب الدية على العاقلة بالخطأ وشبه العمد قوله عليه السلام لاولياء الضارب قوموا فدوه (ان كان القاتل منهم) والعاقلة عند الشافعى العشيرة لانه كان عليهم فى عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعده لانه لايكون الابوحى على اسان نبى ولانبى بعده ولانه صلة والاقارب احق بالصلات كالارث والنفقات ولنا ان عمر رضى الله تعالى عنه فرض العقل على اهل الديوان بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه منكر منهم فكان ذلك اجماعا منهم فان قيل كيف يظن بهم الاجماع على خلاف ماقضى رسول الله عليه السلام قلنا هذا اجماع على وفاق ماقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فانهم علموا ان رسول الله عليه السلام انما قضى على العشيرة باعتبار النصرة وقدكان قوة المرء ونصرته يومئذ بعشيرته ثم لمادون عمر رضى الله عنه الدواوين صارت القوة والنصرة بالديوان فلهذا اقضى بالدية على اهل الديوان (تؤخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين) من وقت القضاء بالدية والتقدير بثلاث سنين مروى عنه عليه السلام ومحكى عن عمر رضى الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج فى كل سنة مرة (فان خرجت ثلاث عطايا فى) مدة (اقل من ثلاث سنين او) فى مدة (اكثر) مثل ان تخرج عطاياهم فى ستة سنين مثلا (اخذمنها) اى من العطايا وحاصله انه اذا خرجت للعاقلة ثلاث عطايا فى سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية لوجود محل اداء الدية فلا فائدة فى التأخير واذا خرجت فى ست سنين يؤخذ منهم فى كل سنة سدس الدية اذ المحق ان يكون المأخوذ من الاعطية لامن اصول اموالهم وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين اواقل منها اواكثر وهذا اذا كانت العطايا فى السنين المستقبله بعد القضاء بالدية حتى لواجتمعت فى السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لايوخذ منها لان الوجوب بالقضاء (ومن لم يكن منهم) اى من اهل الديوان (فعاقلته قبيلته) لان نصرته بهم وهى المعتبرة فى هذا الباب (يؤخذ منهم فى ثلاث سنين) ايضا (من كل واحد) منهم (ثلاثة دراهم اوار بعة) دراهم (كل سنة درهم) قوله كل بالنصب على الظرفيه خبر مقدم ودرهم مبتدأ مؤخر (او) كل سنة (درهم وثلث) درهم (لايزاد وهو الاصح) لمراعاة معنى التخفيف فيه (وقيل) يؤخذ من كل واحد (فى كل سنة ثلاثة دراهم اوار بعة) دراهم فيكون المأخوذ من كل واحد فى ثلاث سنين تسعة دراهم او اثنى عشر درهما وانما كان القول الاول اصح لخروج هذا القول من حد التخفيف و بلوغه حد الجزية فى الثانى وقربه منه فى الاول وعند الشافعى يجب على كل واحد نصف دينار (فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل اليهم نسبا) الاقرب فالاقرب (على ترتيب العصبات) وهم الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء والابناء فقيل يدخلون لانهم اقرب وقيل لايدخلون لان الضم لنفى الحرج حتى لايصيب كل واحد اكثر من ثلاثة اوار بعة وهذا المعنى انما يكون عند الكثرة والآباء والابناء لايكثرون ثم انهم قالوا ان هذا الجواب انما يستقيم فى حق العرب المحفوظة انسابهم فامكن ايجاب العقل على اقرب القبائل من حيث النسب واما العجم فلا يستقيم هذا الجواب فيهم لتضييعهم انسابهم فلايمكن ايجاب الديه على اقرب القبائل اليهم نسبا واذا لم يمكن فقد اختلفوا فى هذه المسئلة فقال بعضهم يعتبر المحال والاقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقى فى مال الجانى وفى البزازية اذا لم يكن للقاتل عاقلة فالدية فى بيت المال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى (والقاتل كاحدهم) لانه المباشر للقتل فلامعنى لاخراجه من العقل ومؤاخذة غيره وقال الشافعى لايجب على القاتل شئ لانه اذا لم يجب عليه الكل فلا يجب عليه البعض اذ الجزء لايخالف الكل قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب البعض وعدم وجوب الكل لاينفى وجوب البعض (وان كان) اى القاتل (ممن) اى (قوم يتناصرون بالحرف) جمع حرفة (او بالحلف) بكسر الحاء وهو التحالف على التناصر (فعاقلته اهل حرفته او) اهل (حلفه) لما بينهم من التناصر (وعاقلة المعتق) بفتح التاء (و) عاقلة (مولى الموالاة مولاه وعاقلته) يعنى ان كلا من المعتق ومولى الموالاة عاقلته مولاه وعاقلة مولاه لان النصرة بهم ولقوله عليه السلام مولى القوم منهم وفى مولى الموالاة خلافا الشافعى (وعاقلة ولد الملاعنة عاقلة امه) لان نسبته اليهم فينصرونه (فان ادعاه ابوه بعد ماعقلوا) اى عاقلة الام (عنه) اى عن ولد الملاعنة (رجعوا على عاقلته) اى عاقلة الاب (بماغرموا) فى ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية لم تكن واجبة عليهم لانه لما اكذب الاب نفسه ظهر ان النسب كان من الاب لان النسب يثبت منه من وقت العلوق لامن وقت الدعوة فتبين به ان عقل جنايته كان على عاقلة ابيه وان قوم الام تحملوا عن قوم الاب مضطرين فى ذلك بالزام القاضى وانما يرجعون فى ثلاث سنين لانهم ادواهكذا (وانما تعقل العاقلة ماوجب بنفس القتل) وهو مايجب بالخطأ او شبه العمد والتسبب (فلا تعقل جناية عمد ولاجناية عبد ولامالزم بصلح اواعتراف) لماروى ابن عباس رضى الله تع عنهما مرفوعا اليه صلى الله تع عليه وسلم انه قال لاتعقل العواقل عمدا ولاعبدا ولاصلحا ولا اعترافا ولامادون ارش الموضحة ولانه لايتناصر بالعبد والاقرار واصلح

لايلزمان العاقلة لقصور ولايته عليهم وارش الموضحة نصف العشر ولان تحمل العاقلة تحرزا عن الاجحاف بالخاطئ ولااجحاف فى القليل (الاان يصدقوه) اى العاقلة المعترف فيما اقربه لان التصديق اقرار منهم فيلزمهم باقرارهم لان لهم ولاية على انفسهم والامتناع كان لحقهم وقدزال (ولا) تعقل العاقلة (اقل من نصف عشر الدية) وتحمل نصف العشر فصاعدا الما مر من قوله عليه الصلوة والسلام لاتعقل العاقلة عمدا ولاعبدا ولاصلحا ولااعترافا ولا مادون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان الايجاب على العاقلة لدفع الاجحاف عن الجانى وذلك فى القليل دون الكثير فلهذا اوجبنا الكثير على العاقلة والفاصل بينهما ارش الموضحة بالنص ومادون ذلك يكون فى مال الجانى (بل ذلك) اى الاقل من نصف عشر الدية (على الجانى) والقياس فيه احد الشيئين اما التسوية بين الكثير والقليل فى ايجاب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعى او التسوية بينهما فى ان لايجب شئ على العاقلة كما فى ضمان المال لكنا تركنا القياس بالسنة وانما جاءت السنة فى ارش الجنين فى الايجاب على العاقلة وارش الجنين نصف عشر بدل الرجل فيقضى بذلك على العاقلة وفيمادونه يؤخذ بالقياس كذا فى الكافى (ولاتدخل النساء والصبيان فى العقل) لقول عمر رضى الله عنه لايعقل مع العواقل صبى ولاامرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لايتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لايوضع عليهم ماهو خلف النصرة والجزية وعلى هذا لوكان القاتل صبيا اوامرأة لاشئ عليهما من الدية لان وجوب جزء من الدية على القاتل انما هو باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه والنصرة لاتوجد فيهما وفى التبيين وهذا صحيح اذا قتله غيرهما واما اذا باشرا القتل بانفسهما فالصحيح انهما يشاركان العاقلة وكذا المجنون اذا قتل فالصحيح انه كواحد من العاقلة انتهى (ولايعقل مسلم عن كافر ولابالعكس) اى لايعقل كافر عن مسلم لعدم التناصر (و يعقل الكافر عن الكافر وان اختلفا ملة) لان الكفر ملة واحدة (ان لم تكن العداوة بين الملتين ظاهرة كاليهود مع النصارى) فان العداوة فيهما ظاهرة فلا يعقل بعضهم بعضا لعدم التناصر بظهور العداوة بينهم هكذا روى عن ابى يوسف (وان لم يكن للذمى عاقلة فالدية فى ماله فى ثلاث سنين) من يوم يقضى عليه كما فى حق المسلم لما ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة لوكانت موجودة فاذا لم توجد كانت الدية عليه (والمسلم) اذا لم تكن له عاقلة (يعقل عنه بيت المال) لان الدية تجب بالنصرة وجماعة المسلمين يتناصرون (وقيل) المسلم (كالذمى) تجب الدية فى ماله اذا لم تكن له عاقلة (وان جنى حر على عبد خطأ فعلى العاقلة) لانه ضمان الادمى فتجب على العاقلة اذا كان القتل خطأ قياسا على الحر وقال الشافعى فى قول تجب على القاتل لانه بدل عنده حتى اوجب قيمته بالغة مابلغت ولاخلاف فى اطراف العبد ان ضمانها لايجب على العاقلة لانه يسلك بها مسلك الاموال ولاتعقل العاقلة ماجنى العبد على حر لان المولى فى كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة فلا تتحمل عن العاقلة عواقلهم فكذا لاتتحمل جناية العبد عاقلة مولاه والاصل فى ذلك قوله عليه الصلوة والسلام لاتعقل العاقلة عبدا ولاعمدا

* (كتاب الوصايا) *

لايخفى ظهور مناسبة ايراد كتاب الوصايا فى اخر الكتاب لان اخر احوال الادمى فى الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله اختصاص بكتاب الجنايات والديات والجناية قدتفضى الى الموت الذى وقته وقت الوصية والوصية فى الاصل اسم بمعنى المصدر ثم سمى الموصى به وصية كما فى العناية ومنه قوله تع من بعد وصية توصون بها اودين (الوصية) فى الشرع (تمليك مضاف الى مابعد الموت) يعنى بطريق التبرع سواء كان عينا اومنفعة وسببها ان يذكر بالخير فى الدنيا ونيل الدرجات العالية فى العقبى ومن شرائطها كون الموصى اهلا للتمليك والموصى له اهلا للتملك والموصى به بعد موت الموصى مالا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود ومنها عدم الدين ومنها التقدير بثلث التركة حتى انها لاتصح فيما زاد على الثلث ومنها كون الموصى له اجنبيا حتى لاتجوز الوصية للوارث الاباجازة بقية الورثة وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان ومايجرى مجراه من الالفاظ المستعملة فيها واما حكمها ففى حق الموصى له ان يملك الموصى به ملكا جديدا كما فى الهبة وفى حق الموصى اقامة الموصى له فيما اوصى به مقام نفسه كالوارث واما صفتها فاذكره فى المتن بقوله (وهى مستحبة بمادون الثلث ان كان الورثة اغنياء او يستغنون بانصبائهم) لانه تردد بين الصدقة على الاجنبى والهبة بالترك للقريب والاول اولى لقوله عليه السلام اوصدقة يبتغى بها رضى الله تعالى (والا) اى وان لم تكن الورثة اغنياء ولايستغنون بانصبائهم (فتركها) اى الوصية (احب) لما فيه من الصدقة على القريب وقدقال عليه السلام افضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ولان فيه حق الفقير والقرابة جميعا (ولاتصح) الوصية (بمازاد على الثلث) لقوله عليه السلام فى حديث سعد بن ابى وقاص رضى الله تع عنه انه قال جاء رسول الله عليه السلام يعودنى من وجع اشتدبى فقلت يارسول الله قد بلغ بى من الوجع ماترى واناذو مال

ولابرثنى الاابنة لى افاتصدق بثلثى مالى قال لاقلت فالشطر يارسول الله قال لاقلت فالثلث قال الثلث والثلث كثير اوكبير انك ان تذر ورثتك اغنياء خيرلك من ان تدعهم عالة يتكففون الناس (ولاتصح) الوصية (لقاتله) اى المورث (مباشرة) لقوله عليه السلام لاوصية للقاتل وقيد بقوله مباشرة احترازا عن القتل تسببا فانه لايمنع صحة الوصية لعدم تناوله النص (ولالوارثه) لقوله عليه السلام ان الله تع اعطى كل ذى حق حقه الالاوصية لوارث ولان بقية الورثة يتأذون بايثاره بعضهم ففى تجويزه قطيعة الرحم (الاباجازة الورثة) استثناء مماتقدم من عدم الصحة بمازاد على الثلث وعدم صحة الوصية لقاتله ووارثه يعنى لاتصح الوصية بمازاد على الثلث ولاللقاتل ولاللوارث فى حال من الاحوال الافى حال التباسها باجازة الورثه فتصح ح لان عدم الجوازكان لحقهم فتجوز باجازتهم ولماروى ابن عباس رضى الله عنهما انه عليه السلام قال لاتجوز وصية لوارث الاان يشاء الورثة و يشترط ان يكون المجيز من اهل التبرع بان يكون عاقلا بالغا وان اجاز البعض دون البعض يجوزعلى المجيز بقدر حصته دون غيره لولايته على نفسه فقط ولاتعتبر اجازة الورثة فى حال حيوة الموصى حتى كان لهم ان يرجعوا بعدموت الموصى (وتصح) الوصية (بالثلث للاجنبى (وان لم يجيزو) لقوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم فى اخراعماركم زيادة لكم فى اعمالكم فضعوها حيث شئتم اوقال حيث احببتم وللاجماع على ذلك (وتصح الوصية من المسلم للذمى وبالعكس) فالاول لقوله تع لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين والثانى لانه بعقد الذمة ساوى المسلم فى المعاملات والتبرعات حتى جاز التبرع من الجانبين فى حال الحيواة فكذا بعد الممات وفى الجامع الصغير الوصية لحربى هوفى دارهم باطلة لانهابروصلة وقدنهينا عن برمن يقاتلنا لقوله تع انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين الاية وفى السيرالكبير مايدل على الجواز و وجه التوفيق انه لاينبغى ان يفعل وان فعل جازكذافى الكافى وفيه تأمل واماوصية الحربى بعدمادخل دارنا بامان فانها جائزة لان له ولاية تمليك المال فى حيوته فكذابعد مماته خلا انه لافرق بين وصيته بالثلث اوبجميع ماله لان المسلم انما منع من الوصية بمازاد على الثلث لحق ورثة المسلمين فان حقهم معصوم من الابطال بخلاف ورثة الحربى لان حقهم غيرمعصوم فلذلك لم يمنع حقهم صحة الوصية بالجميع كمافى شروح الجامع الصغير (وتصح) الوصية (للحمل وبه) اى بالحمل (ان كان بينها) اى بين الوصية (وبين ولادته) اى الحمل (اقل من ستة اشهر) من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية اخت الميراث لانها استخلاف من وجه اذالموصى له يخلفه فى بعض ماله كالارث ولهذا لايحتاجان الى القبض والجنين صلح خليفة فى الارث فكذافى الوصية الاانها ترتدبالرد لان فيها معنى التمليك بخلاف الارث فانه استخلاف مطلق و بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولاولاية لاحد عليه حتى يملكه شيئا فان قيل ان الوصية شرطها القبول والجنين ليس من اهله فكيف تصح قلنا الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول اذا امكن ولشبهها بالميراث يسقط القبول اذا لم يمكن عملا بالشبهين واماالثانى فانه تجرى فيه الوارثة فتجرى فيه الوصاية لماامر ان الوصاية اخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت اذااتت بالولد لاقل من ستة اشهر من يوم الموت (ولاتصح الهبة له) اى للحمل لماان الهبة من شرطها القبول ولايتصور ذلك من الجنين ولايلى عليه احدحتى يقبض عنه (وان اوصى بامه) اى ام الحمل (دونه) اى الحمل (صحت الوصية والاستثناء) لان اسم الامة وان لم يتناول الحمل لفظا لكنه يستحق باطلاق اللفظ تبعالها فاذا افردها بالوصية صح افرادها فان قيل اذالم يتناوله اللفظ فكان ينبغى ان لايصح الاستثناء لانه اخراج مماتناوله المستثنى منه قلنا كفى بصحته التزيى بزيه كمافى استثناء ابليس من الملائكة على القول بانه من الجن على ان صحة الاستثناء لايفتقر الى التناول اللفظى بدليل صحة استثناء قفيزحنطة من الف درهم ولان الاصل ان مايصح افراده بالعقد يصح استثناؤه ومالايصح افراده بالعقد لايصح استثناؤه و يصح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناؤه غاية الامر انه يكون استثناء منقطعا بمعنى لكن حيث لم يدخل تحت اللفظ (ولابد فى الوصية من القبول) لان الايصاء تمليك فلابد من القبول (و يعتبر القبول (بعد موت الموصى) لان اوان ثبوت حكمها بعد موت الموصى (ولااعتبار للرد والقبول فى حيوته) اى حيوة الموصى كما اذا قال لامرأته انت طالق غدا على درهم فان ردها وقبولها بطقبل الغد (وبه) اى بالقبول (تملك الوصية ولاتملك قبله لان الوصية اثبات ملك جديد ولايملك احدا اثبات الملك لغيره بلااختيار (الاان يموت الموصى له بعدموت الموصى قبل القبول فانه) اى الموصى له (يملكها) اى الوصية (وتصير لورثته) اى ورثة الموصى له ولاحاجة الى القبول وهذا استحسان والقياس ان تبطل الوصية لماتقرران احدالايقدر على اثبات الملك لغيره بدون اختيار فصاركموت المشترى قبل القبول بعد ايجاب البايع ووجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصى وقدتمت بموته تماما لايلحقه الفسخ من جهته وانما يتوقف لحق الموصى له فاذامات دخل فى ملكه كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى

اوالبايع ثم مات من له الخيارقبل الاجازة (ولاتصح) الوصية (من صبى ولامكاتب وان ترك وفاء) اماعدم صحة الوصية من الصبى فلانه تبرع كالهبة والصدقة وذلك لان اعتبارعقله فيماينفعه دون مايضره الايرى انه لايعتبر عقله فى حق الطلاق اوالعتاق لان ذلك يضره باعتبار اصل الوضع فكذا تمليك المال بطريق التبرع فيه ضرر باعتبار اصل الوضع وان كان يتفق نافعا باعتبار الحال والمعتبر فى النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لاالى مايتفق بحكم الحال واماوصية المكاتب فعلى ثلثة اقسام قسم باطل بالاجماع وهو الوصية بعين من اعيان ماله لانه لاملك له حقيقة وقسم يجوزبالاجماع وهوماذا اضاف الوصية الى مايملكه بعد العتق بان قال اذا اعتقت فثلث مالى وصية لفلان حتى لوعتق قبل الموت باداء بدل الكتابة اوغيره ثم مات كان للموصى له ثلث ماله وان لم يعتق حتى مات عن وفاء بطلت الوصية لان الملك لم يوجدله حقيقة وانما ثبت بطريق الضرورة فلايظهر فى حق نفاذ الوصية وقسم مختلف فيه وهوماذا قال اوصيت بثلث مالى لفلان ثم عتق فالوصية باطلة عندالامام وعندهما جائزة (والوصية مؤخرة عن الدين) لان اداءه فرض والوصية تبرع فيبدأ بالفرض (فلاتصح) الوصية (ممن يحيط دينه بماله الاان يبرأه الغرماء) فح تصح لزوال المانع وهو بقاء الدين فاذا ابرأه الغرماء نفذت الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها (وللموصى ان يرجع فى وصيته) لانه تبرع فجاز رجوعه عنها كالهبة ولان قبول الوصية بعد الموت فجازله الرجوع عنها قبل القبول كمافى سائر التصرفات ثم الرجوع قديثبت صريحا وقديثبت دلالة فلهذا قال (قولا) كان يقول رجعت عن وصيتى (اوفعلا) وهو مافسره بقوله (يقطع) صفة فعلا (حق المالك فى الغصب) اى فى المغصوب كقطع الثوب اوخياطته (اويزيل ملكه كالبيع والهبة) فانه اذا باع الموصى به اووهبه كان رجوعا دلالة والدلالة تقوم مقام الصريح فقام الفعل للفعل المذكور مقام القول (وان) وصلية (اشتراه) اى الموصى به (اورجع) عن الهبة (بعدذلك) اى بعدماذكر من البيع والهبة وزوال الملك ولايجدى تملكه ثانيا بالشراء اوالرجوع (اويوجب) معطوف على قوله يقطع الواقع صفة افعلا اى له ان يرجع عن وصيته بان فعل فعلا يوجب (فى الموصى به زيادة لايمكن التسليم الابها) اى بتلك الزيادة (كلت السويق بسمن والبناء فى الدار والحشو بالقطن وقطع الثوب وذبح الشاة رجوع) فقوله والبناء فى الدار والحشو بالقطن يجوزان يكونا معطوفين على لت السويق وقوله وقطع الثوب مبتدأ خبره قوله رجوع و يجوزان يكون مبتدأ هوقوله والبناء وماعطف عليه والخبرهو رجوع والاول هوالاظهر لابتنائه على امتناع التسليم واماقطع الثوب وذبح الشاة فلبنائه على الاستهلاك وكون ذلك الفعل يدل على ان مثله للصرف الى حاجته فتبطل به الوصية ويكون رجوعا (لاغسل الثوب وتجصيص الدار وهدمها) فانه ليس برجوع لان ذلك ليس بتصرف فى نفس ماوقعت الوصية به ولانه تصرف فى البناء والبناء تبع والتصرف فى التبع لايدل على اسقاط الحق عن الاصل وكذا هدم البناء تصرف فى التابع (والجحود ليس برجوع عند محمد خلافا لابى يوسف) قال فى الجامع الكبير ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا وذكر فى المبسوط انه رجوع قيل ماذكر فى الجامع محمول على ان الجحود كان عند غيبة الموصى له وهذا لايكون رجوعا على الروايات كلها وماذكر فى المبسوط محمول على ان الجحود كان عند حضرة الموصى له وعند حضرته يكون رجوعا وقيل فى المسئلة روايتان وقيل ماذكر فى الجامع قول محمد وماذكر فى المبسوط قول ابى يوسف وهوالاصح لابى يوسف ان الرجوع نفى الوصية فى الحال والجحود نفيها فى الماضى والحال فهذا اولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الرجوع عن الشئ يقتضى سبق وجود ذلك الشئ وجحود الشئ يقتضى سبق عدمه فلوكان الجحود رجوعا لاقتضى وجود الوصية وعدمها فيماسبق وهومحال (ولاقوله اخرت الوصية) بان قيل له اخرالوصية فقال اخرتها لايكون رجوعا لان التأخير ليس باسقاط بخلاف قوله تركت الوصية لان الترك اسقاط (اوكل وصية اوصيت بها لفلان فهى حرام) فانه لايكون رجوعا عن الوصية (ولوقال ماوصيت به فهو لفلان فرجوع) لان اللفظ يدل على قطع الشركة واثبات التخصيص له فاقتضى رجوعا عن الاول بخلاف ماذا اوصى به لاخر ايضا فانه لايكون رجوعا لان اللفظ صالح للشركة والمحل يقبلها فيكون مشتركا بينهما (الاان يكون فلان الثانى ميتا) حتى اوصى فالوصية الاولى تكون على حالها (وتبطل هبة المريض ووصيته لاجنبية نكحها بعدها) اى بعدماذكر من الهبة والوصية هكذا وجد فى عامة النسخ بضمير التأنيث والظ ان تكون النسخة بعدهما اى بعد الهبة والوصية والاصل فى هذا الفصل ان المعتبر كون الموصى له وارثا وغيروارث وقت الموت لاوقت الوصية لانه تمليك مضاف الى مابعد الموت فيعتبر وقت التمليك حتى لواوصى الى اخيه وهووارث ثم ولدله ابن صحت الوصية للاخ وعكسه اذا اوصى الى اخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية للاخ لماذكرنا والهبة والصدقة من المريض لوارثه نظيرالوصية لانه وصية حكما حتى تعتبر من الثلث واقرار المريض

للوارث على عكسه فيعتبر كونه وارثا اوغيروارث عند الاقرار لانه تصرف فى الحال فيعتبر حاله فى ذلك الوقت حتى لواقر لشخص وهوليس بوارث له جاز الاقرار له وان صار وارثا بعد ذلك لكن شرطه ان يكون وارثا بسبب حادث بعد الاقرار وهوالحرية وكذا لواقر لاجنبية ثم تزوجها لايبطل اقراره لها واما اذا ورث بسبب قائم عند الاقرار لايصح كما لواقر لاخيه المحجوب ثم مات ابنه (وكذا اقراره ووصيته وهبته لابنه الكافر اوالرقيق ان اسلم اوعتق بعد ذلك) اى بعد ماذكر من الاقرار والوصية والهبة اما الوصية والهبة فلما مر ان المعتبر فيهما حال الموت واما الاقرار فانه وان كان ملزما بنفسه لكن سبب الارث وهوالبنوة قائم وقت الاقرار فيورث تهمة الايثار فصار باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا (وهبة المقعد) وهوالعاجز عن المشى لداء فى رجليه (والمفلوج) الفلج داء يعرض فى نصف البدن فيمنعه عن الحس والحركة الارادية (والاشل) وهوالذى فى يده ارتعاش وحركة (والمسلول) وهوالذى يكون به مرض السل وهوقرح فى الرية تعتبر وصيته (من كل ماله ان طال) مدة مرضه وقدروه بالسنة (ولم يخف موته منه) اى من المرض (والا) اى وان لم يطل مدة مرضه وخيف موته منه (فمن ثلثه) اى ثلث ماله يعنى ان من كان مبتلى بواحد من هذه الامراض وتصرف بشئ من التبرعات ثم مات قبل تمام سنة مشتملة على الفصول الاربعة كان المرض مرض الموت فتعتبر تبرعاته من ثلث ماله وان مات بعد تمام السنة من حين تبرعه تبين انه لم يكن مريضا مرض الموت لانه اذا سلم فى فصول السنة الاربعة التى كل واحد منهما مظنة الهلاك صار المرض بمنزلة طبع من طبايعه وخرج صاحبه من احكام المرضى حتى لايشتغل بالتداوى كما فى الدرر وفى البزازية والمريض الذى يكون تصرفه من الثلث بان يكون ذا فراش بحيث لايطيق القيام لحاجته وتجوز له الصلوة قاعدا او يخاف عليه الموت كالفالج او صار مزمنا او يابس الشق لايكون له حكم المريض الا اذا تغير حاله عن ذلك ومات من ذلك التغير فما فعل فى حال التغير فمن الثلث قال الفضلى مرض الموت ان لايخرج الى حوايج نفسه وعليه اعتمد فى التجريد انتهى *)باب الوصية بثلث المال(* لما كان اقصى مايدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التى تتعلق به فى هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب (ولو اوصى لكل من اثنين بثلث ماله ولم يجز وارثه) ذلك (قسم الثلث بينهما نصفين) يعنى اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان لانهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق والثلث يضيق عن حقهما والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد مايدل على الرجوع عن الاولى (ولو اوصى لاحدهما بثلثه وللاخر بسدسه) ولم تجز الورثة (قسم) الثلث بينهما (اثلاثا) بالاجماع لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعا وضاق الثلث عن حقهما اذ لامزيد للوصية على الثلث فيقسم على قدر حقهما بان يجعل الثلث ثلثة اسهم سهم لصاحب السدس وسهمان لصاحب الثلث (ولو) اوصى (لاحدهما بثلثه وللاخر بثلثيه او بنصفه او بكله) ولم تجز الورثة (فنصف الثلث بينهما) عند الامام لان الوصية باكثر من الثلث اذا لم تجزها الورثة تكون باطلة فكانه اوصى بالثلث لكل واحد فنصف الثلث بينهما فى جميع هذه الصور (وعندهما يثلث الثلث فى الاول) اى فى وصيته للاخر بثلثيه فيكون لصاحب الثلث سهم منه ولصاحب الثلثين سهمان (ويخمس) الثلث (خمسين وثلثة اخماس فى الثانى) اى فى وصيته للاخر بنصفه فيكون خمساه لصاحب الثلث وثلاثة اخماسه لصاحب النصف لان مخرج الثلث والنصف اذا اجتمعا يكون ستة ونصفه ثلاثة وثلثه اثنان فيكون المجموع خمسة اسهم فيقسم الثلث بهذه السهام (ويربع) الثلث (فى الثالث) اى فى وصيته للاخر بكله فيكون لصاحب الثلث ربعه ولصاحب الكل ثلاثة ارباعه وهذا الخلاف مبنى على اصل مختلف فيه بين الامام وصاحبيه والى هذا اشار بقوله (ولا يضرب) على صيغة المبنى للمفعول (للموصى له بمازاد على الثلث عند الامام) قال فى شرح الوقاية المراد بالضرب الضرب المصطلح عند الحساب فاذا اوصى بالثلث والكل فعند الامام سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف يضرب النصف فى ثلث المال فالنصف فى الثلث يكون نصف الثلث وهو السدس فنصف الثلث بينهما فى الصور الثلاث كلها وعندهما يقسم الثلث فى الصورة الاولى على ثلاثة اسهم سهم لصاحب الثلث وسهمان لصاحب الثلثين وعلى خمسة فى الصورة الثانية ثلاثة للموصى له بالنصف وسهمان للموصى له بالثلث وعلى اربعة فى الصورة الثالثة ثلاثة للموصى له بالكل وواحد للموصى له بالثلث (الا فى المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة) اما المحاباة فصورتها انه اذا كان عبدان لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الاخر ستمائة فاوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والاخر لفلان بمائة فان المحاباة حصلت لاحدهما بالف وللاخر بخمسمائة والكل وصية لكونها فى حالة المرض فان لم يكن للموصى مال غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالف بحسب وصيته وهى الالف والموصى له الاخر

بحسب وصيته وهى خمسمائة فلوكان هذا كسائر الوصايا على قول الامام وجب ان لايضرب الموصى له بالالف فى اكثر من خمسمائة واما السعاية فصورتها ان يوصى بعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الاخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا عتقا جميعا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذى قيمته الفان ويسعى فى الباقى والثلث للذى قيمته الف ويسعى فى الباقى واما الدراهم المرسلة اى المطلقة عن كونها ثلثا اونصفا ونحوهما فصورتها ان يوصى لرجل بالفين ولاخر بالف وثلث ماله الف ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا (وتبطل الوصية بنصيب ابنه) يعنى لو اوصى بنصيب ابنه من ميراثه لغيره بطلت لان ماهو حق الابن لايصح ان يوصى به لغيره لمافيه من تغيير مافرض الله (وتصح) الوصية (بمثل نصيب ابنه) اذ لامانع منه لان مثل الشئ غيره سواء كان له ابن موجود اولا كما فى العناية وقال زفر كلتاهما صحيحتان لان الجميع ماله فى الحال وذكر نصيب الابن للتقدير به مع انه يجوز ان يكون على تقدير المضاف وهو مثل ومثله شايع قال الله تع واسئل القرية اى اهلها (فلو كان له ابنان) واوصى بمثل نصيب ابنه لاخر (فللموصى له الثلث) والقياس ان يكون له النصف عند اجازة الورثة لانه اوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما النصف ووجه مافى المتن انه قصد ان يجعله مثل ابنه لا ان يزيد نصيبه على نصيب ابنه وحاصله ان يجعل الموصى له كاحدهما (وان كان له ثلاثة) بنين واوصى بمثل نصيب ابنه لاخر (فالربع) وعلى هذا القياس (وان اوصى بجزء من ماله فالتعيين) مفوض (الى الورثة) فيقال لهم اعطوه ماشئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لاتبطل بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصى فكان اليهم بيانه (وان) اوصى (بسهم) من ماله (فالسدس) عند الامام (وعندهما مثل نصيب احدهم) اى احد الورثة (الا ان يزيد) النصيب (على الثلث ولا اجازة من الورثة) وسوى فى الكنز بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ والمروى عن الامام ان السهم عبارة عن السدس وروى مثل ذلك عن ابن مسعود رضى الله عنه وفى المجمع ولو اوصى بسهم من ماله فله احسن السهام يعنى عند الامام ولايزاد على السدس لان مخرج السدس اعدل المخارج فلايتجاوز عنه كما فى الاقرار وهذا اشارة الى جواب سؤال وهو ان يقال ان احسن الايصاء اقله والثمن اقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس وقد اجاب عنه فى العناية بان جعله بمعناه بماورد من الاثر واللغة اما الاثر فاروى عن ابن مسعود رضى الله عنه وقد رفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم فيمايروى ان السهم هوالسدس واما اللغة فان اياس بن معاوية قاضى البصرة قال السهم فى اللغة عبارة عن السدس (قالوا) اى المشايخ (هذا فى عرفهم وفى عرفنا السهم كالجزء) فالتعيين فيه مفوض الى رأى الورثة (وان اوصى له بسدس ماله ثم بثلث ماله) بان قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس او مجلس اخر ثلث مالى لفلان (واجازوا) اى الورثة (فله الثلث) لكون السدس داخلا فى الثلث فلايتناول اكثر من الثلث (وان) اوصى (بسدسه لفلان ثم بسدسه فله) اى للموصى له (السدس الواحد) (سواء اتحد المجلس او اختلف) هذا قيد للمسئلتين معا وانما كان له السدس فى هذه الصورة لان المعرفة اذا اعيدت معرفة كانت الثانية عين الاولى كما تقرر فى الاصول وكما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله تع فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا لن يغلب العسر يسرين وههنا سؤال ذكره صدر الشريعة ولم يجب عنه وهو ان قوله ثلث مالى له ان كان اخبارا فكاذب وان كان انشاء يجب ان يكون له النصف عند اجازت الورثة وان كان فى السدس اخبارا وفى الثلث انشاء فهو ممتنع واجاب عنه صاحب الدرر بانا نختار انه انشاء وانما لم يجب له النصف عند الاجازة لوكان النصف متداول اللفظ وليس كذلك فان السدس والثلث فى كلامه شايع وضم الشايع الى الشايع لايفيد ازديادا فى المقدار بل بتعين الاكثر مقدما كان اومؤخرا ولهذا قال الجمهور فى تعليله لان الثلث متضمن للسدس فان التضمن لايتصور الا فى الشايع وضم السدس الشايع الى الثلث الشايع لايفيد زيادة فى العدد ولايتناول اكثر من الثلث وفائدة الاجازت انما تظهر فيما يكون متناول اللفظ والا كان برأسه تأنفا لا اجازة وفى العناية فان قيل فاى فائدة فى قوله اذا اجازت الورثة فالجواب ان معناه حقه الثلث وان اجازت الورثة لان السدس يدخل فى الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد بالثانيـة زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد ايجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلا فى الثلث لانه متيقن وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث انتهى (ولو اوصى بثلث دراهمه اوثلث غنمه اوثلث ثيابه وهى) اى الثياب (من جنس واحد فهلك الثلثان وبقى الثلث فله الباقى ان خرج من الثلث) اى من ثلث مابقى من ماله وهو الجميع من الباقى وقال زفر له ثلث الباقى وكذا كل مكيل وموزون اى اذا هلك الثلثان فللموصى له ثلث الباقى وفى التسهيل اشارة الى انه يشترط ان يكون المكيل والموزون من جنس واحد (وان) اوصى (بثلث ثيابه وهى متفاوتة) اى ليست من جنس واحد (فهلك الثلثان فله ثلث مابقى) من الثياب لاختلاف الجنس (وان) اوصى (بثلث عبيده) فهلك الثلثان (فكذلك) اى يكون له ثلث ما بقى من العبيد عند الامام بناء على

ان الظاهر هو اختلاف اجناسهم للتفاوت بين افرادهم فلا يمكن جمع حق احدهم فى الواحد (وعندهما
فله كل الباقى) لانهم جنس واحد حقيقة وان تفاوتت افرادهم فى الظ وهذا الخلاف مبنى على قسمة الرقيق فعند
الامام يقسم كل عبد على حدة فاهلك يهلك على الاشتراك بين الموصى له و بين الورثة وعندهما يقسم الكل
قسمة واحدة (وقيل انهما يوافقان) الامام فى العبيد فقط فلا خلاف بينهم فى ان له ثلث مابقى (والدواب كالعبيد)
اختلافا واتفاقا (وان اوصى بالف وله عين ودين فهى عين ان خرجت الالف من ثلث العين) بان كان له ثلاثة آلاف
وهى نقدا وعين قيمتها ثلاثة آلاف درهم فيدفع له الالف لانه امكن ايصال كل مستحق الى حقه بلا بخس فيصار
اليه (والا) اى وان لم تخرج الالف من ثلث العين بان كان النقد ايضا الفا والعين قيمتها الف مثلا (دفع ثلث العين)
للموصى له بالغا مابلغ (و) دفع للموصى له (ثلث مايستوفى من الدين الى ان يتم) الالف لان الموصى له شريك الوارث
فلو خصصناه بالعين لبخسنا فى حق الورثة لان للعين مزية على العين اذ العين مال مطلقا والدين مال فى المآل
لا فى الحال وكان تعديل النظر من الجانبين فيما قلنا (وان اوصى بالثلث من ماله لزيد وعمرو وواحدهما ميت فكله)
اى الثلث (للحى) لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو اهلها وعن ابى يوسف انه اذا لم يعلم
بموته كان له نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لانه ح يكون لغوا فكان راضيا بكل الثلث للحى (وان قال) ثلث
مالى (بين زيد وعمرو واحدهما ميت فالنصف) اى نصف الثلث (للحى) لان مقتضى هذا اللفظ ان يكون لكل منهما
نصف الثلث بخلاف ما تقدم (وان اوصى بثلث ماله ولا مال له) عند الوصية (فاكتسب) الموصى مالا بعد الوصية
(فله) اى للموصى له (ثلث ماله عند الموت) لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيشترط وجود المال عند
الموت لا قبله (وان) اوصى (بثلث غنمه ولا غنم له) اصلا (او كان له) غنم (فهلك قبل موته) اى الموصى (بطلت) الوصية
لما مرانها ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه عنده ولم يوجد وهذه وصية متعلقة بالعين فتبطل بهلاكها عند الموت
(وان استفاد) الموصى (غنما ثم مات صحت وصيته فى القول الصحيح) لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت
باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل موته فضل اذ المعتبر وجوده عند الموت وانما قال فى الصحيح احترازا عن قول
بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه اضاف الى مال خاص فصار بمنزلة التعيين (وان اوصى بشاة من ماله ولا شاة له
فله) اى للموصى له (قيمتها) اى الشاة لانه لما قال من مالى دل على ان غرضه الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد
فى مطلق المال (وتبطل) الوصية (لو) اوصى (بشاة من غنمه ولا غنم له) لانه لما قال من غنمى دل على ان غرضه عين
الشاة حيث جعلها جزء من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال ولو اوصى بشاة ولم يضفها الى ماله ولا غنم له
لا تصح لان المصحح اضافتها الى المال وبدون الاضافة الى المال يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر
الشاة وليس فى ملكه شاة علم ان مراده المالية (وان اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن) اى امهات
اولاده (ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن) اى لامهات اولاده (ثلاثة اخماسه ولكل فريق) من الفقراء والمساكين
خمس) عند الشيخين (وعند محمد) لامهات اولاده (ثلاثة اسباعه) فيقسم على سبعة اسهم للفقراء سهمان وللمساكين
سهمان ولامهات اولاده ثلاثة اسهم واصله ان الوصية للفقراء والمساكين تتناول الواحد منهم عند الشيخين لان
اسم الجنس يتناول الواحد ويحتمل الكل قال الله تعالى لا يحل لك النساء من بعد وقد تعذر صرفه الى الكل
فيتعين الواحد وعند محمد انها تتناول الجمع وادناه اثنان فصاعدا فى الوصايا والوصية لامهات الاولاد جائزة لانها
ايجاب مضاف الى ما بعد الموت وهن بعد الموت حراير وانهما جنسان بدليل عطف احدهما على الاخر فى النص
ومقتضاه المغايرة فيصير عدد المستحقين خمسة عندهما وعنده سبعة كما فى الكافى (وان اوصى بثلث ماله لزيد
وللفقراء فله) اى لزيد (نصفه) اى نصف الثلث (ولهم) اى للفقراء (ثلثاه) اى ثلثا الثلث (وان اوصى بمائة لزيد
ومائة لعمرو ثم قال لبكر اشركتك معهما فله) اى لبكر (ثلث ما) استقر (لكل) واحد من زيد وعمرو من المائة لان
الشركة للمساواة لغة ولهذا حمل قوله تع فهم شركاء فى الثلث على المساواة وقد امكن اثبات المساواة بين الكل
فى الاولى لاستواء المالين فيأخذ من كل واحد منهما ثلث المائة فتم له ثلثا المائة و يأخذ كل واحد منهما ثلثى المائة
(ولو اوصى بمائة لزيد وخمسين لعمرو) ثم قال لبكر اشركتك معهما فلبكر (نصف ما لكل منهما) لانه لا يمكن المساواة
بين الكل هنا لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثالث مع كل منهما بما سماه له فيأخذ النصف من كل واحد من المالين
وفى المنح ولو اوصى لرجل بجارية ولاخر بجارية اخرى ثم قال لاخر اشركتك معهما فان كانت قيمة الجاريتين متفاوتة
كانت له نصف كل واحدة منهما بالاجماع وان كانت قيمتهما على السواء فله ثلث كل واحدة منهما عندهما وعند
الامام نصف كل واحدة منهما بناء على ما تقدم من انه لا يرى قسمة الرقيق فيكون الجنسان مختلفين وهما يريانها

فصار كالدراهم المساوية انتهى (وان قال لفلان على دين فصدقوه) على صيغة الامر (فانه يصدق الى الثلث
اى اذا ادعى المقر له الدين اكثر من الثلث وكذبه الورثة وهذا استحسان والقياس ان لا يصدق لانه امرهم بخلاف
حكم الشرع وهو تصديق المدعى بلا حجة ولان قوله لفلان على دين اقرار بالمجهول والاقرار بالمجهول وان كان
صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقد فات وجه الاستحسان انه سلطه على ماله بما اوصى وهو يملك هذا التسليط
بمقدار الثلث بان يوصيه له ابتداء فيصح تسليطه ايضا بالاقرار له بمجهول والمرء قد يحتاج الى ذلك بان يعرف اصل
الحق عليه ولا يعرف قدره فيسعى فى فكاك رقبته بهذا الطريق فيحصل وصيته فى حق التنفيذ وان كان دينا فى حق
المستحق وجعل التقدير فيه الى الموصى له فلهذا يصدق فى الثلث دون الزيادة (فان اوصى مع ذلك الاقرار بالمجهول
بوصايا عزل ثلث لها) اى لارباب الوصايا (وثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة والدين مجهول فلا
يزاحم المعلوم (ويقال لكل) من الموصى لهم والورثة (صدقوه) اى فلان المقر له (فيما شئتم) لان هذا دين فى حق المستحق
بالنظر الى اقرار المالك وصية فى حق التنفيذ فينفذ من الثلث فاذا اقر كل فريق بشئ ظهر ان فى التركة دينا شايعا
فى النصيبين فيؤمر اصحاب الوصايا والورثة ببيانه فاذا بينوا شيئا (فيؤخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا به) وما بقى من
الثلث لهم (ويؤخذ الورثة بثلثى ما اقروا به) تنفيذا لاقرار كل فريق فى قدر حقه (و يحلف كل) من اصحاب الوصايا
والورثة (على العلم بدعوى) المقر له (الزيادة على ما اقروا) ومعنى قوله على العلم اى على عدم العلم بما ادعاه المقر له من الزيادة
على اقرارهم وانما كان تحليفا لانه تحليف على فعل الغير قال الزيلعى هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه
الى الثلث ولا يلزمهم ان يصدقوه فى اكثر من الثلث وهنا لزمهم ان يصدقوه فى اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا
اخذوا الثلث على تقدير ان تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق فى ايديهم من الثلث شئ فوجب ان لا يلزمهم
تصديقه انتهى (وان اوصى بعين لوارثه ولاجنبى فللاجنبى نصفها) اى نصف العين (ولا شئ للوارث لانه اوصى بما يملك
و بما لا يملك فصح فيما يملك و بطل فى الاخر بخلاف ما لو اوصى لحى وميت حيث يكون الكل للحى لان الميت ليس باهل
للوصية فلا يصلح مزاحما والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا (وان اوصى لكل واحد من ثلاثة اشخاص
بثوب وهى) اى الثياب المدلول عليها بثوب لكل واحد (متفاوتة) جيد ووسط وردى (فضاع ثوب) من هذه الثياب
(ولم يدرايها) اى الثياب (هو) اى الضايع (و) الحال ان الورثة تقول (لكل) من الثلاثة هلك حقك بطلت الوصية
لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصى فتبطل الوصية وكذا تبطل الوصية اذا قال
الوارث لكل واحد منهم هلك حق احدكم ولا ادرى من هو فلا ادفع الى كل منكم شيئا كذا فى التبيين (فان سلموا) اى الورثة
مابقى) من الثياب (فلذى الجيد ثلثا جيدهما ولذى الردى ثلثا رديهما ولذى الوسط ثلث كل منهما) اى من الجيد والردى
وانما تعين حق صاحب الجيد فى الجيد لانه لا حق له فى الردى بيقين و يحتمل ان يكون حقه فى الجيد بان كان هو الجيد
الاصلى و يحتمل ان يكون حقه فى الضايع بان كان هو الاجود فكان تنفيذ وصيته فى محل يحتمل ان يكون حقه اولى وانما
تعين حق صاحب الردى لانه لا حق له فى الجيد بيقين و يحتمل ان يكون حقه فى الردى بان كان هذا الردى الاصلى
و يحتمل ان يكون حقه فى الضايع بان كان هو الاردأ فكان تنفيذ وصيته فى محل يحتمل ان يكون حقه اولى وانما تعين حق
الاخر فى ثلث كل واحد من الثوبين لانه لما اخذ صاحب الجيد ثلثى الجيد وصاحب الردى ثلثى الردى ولم يبق الا ثلث
كل واحد منهما فقد تعين حقه فى ذلك ضرورة ولانه يحتمل ان يكون حقه فى الجيد بان كان الضايع اجود فيكون
هذا وسطا و يحتمل ان يكون فى الردى بان كان الضايع اردى فيكون هذا وسطا فكان هذا تنفيذ وصيته فى محل
يحتمل ان يكون حقه كذا فى الهداية (وان اوصى ببيت معين من دار مشتركة) يعنى اذا كانت دار بين رجلين اوصى
احدهما ببيت بعينه من تلك الدار لرجل آخر ثم مات الموصى (فقسمت) الدار (فان خرج) ذلك (البيت فى نصيب الموصى
فهو) اى البيت (للموصى له) عند الشيخين (وعند محمد له) اى للموصى له (نصفه) اى نصف البيت (والا) اى وان
لم يخرج البيت فى نصيب الموصى (فله) اى للموصى له (قدر ذرعه) اى ذرع البيت عند الشيخين (وعند محمد له قدر
نصف ذرعه) لانه اوصى بملكه وملك غيره لكون الدار مشتركة فتنفذ وصيته فى ملكه و يتوقف الباقى على اجازة صاحبه
فان ملكه لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه فاذا اقتسموها ووقع البيت فى نصيب الموصى
تنفذ الوصية فى عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع فى نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت لانه يجب
تنفيذها فى البدل عند تعذر تنفيذها فى عين الموصى به ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه
يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه على الكمال وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه
فى جميع البيت اذا وقع فى نصيبه فتنفذ الوصية جميعه ومعنى المبادلة فى القسمة تابع والمقصود تكميل المنفعة

ولهذا يجبر على القسمة فيه ولا تبطل الوصية اذا وقع البيت كله فى نصيب شريكه ولو كانت مبادلة لبطلت (والاقرار
كالوصية) يعنى اذا اقر ببيت معين من دار مشتركة كان مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليمه كله ان وقع البيت فى نصيب
المقر عندهما وان وقع فى نصيب غيره يؤمر بتسليم قدر ذرعه وعند محمد يؤمر بتسليم نصفه ان وقع فى نصيب المقر
وقدر نصف ذرعه ان وقع فى نصيب الغير (وقيل لا خلاف فيه) اى فى الاقرار (لمحمد) بل هو موافق للشيخين (وهو)
اى عدم الخلاف بين محمد والشيخين هو المختار والفرق لمحمد على هذه الرواية ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر
بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات
لا تنفذ فيه الوصية (وان اوصى بالف عين من مال غيره فلربها) اى لرب الالف (الاجازة بعد موت الموصى له وله المنع)
بعد الاجازة لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازة صاحبه فاذا اجاز كان منه ابتداء تبرع فله ان يمتنع من التسليم
كسائر التبرعات (بخلاف الورثة لو اجاز واما زاد على الثلث) فانه ليس لهم ان يمتنعوا من التسليم بعدها لان الوصية
فى نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه وانما امتنعت لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصى
(وان اقر احد الابنين بعد القسمة بوصية ابيه بالثلث فعليه) اى المقر (دفع ثلث نصيبه) استحسانا وقال زفر يعطيه
نصف ما فى يده قياسا لان اقراره بالثلث تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية فى اعطاء النصف ليبقى له النصف
فصار كما اذا اقر احدهما باخ ثالث لهما وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شايع فى كل التركة فكان مقرا له بثلث كل جزء
من التركة فيلزمه ثلث ذلك ولا يلزمه اكثر من ذلك ولانه لو اخذ نصف ما فى يده لزاد حقه على الثلث لانه ربما يقر الابن
الاخر به ايضا فيأخذ نصف ما فى يده فيصير نصف التركة وهذا بخلاف ما لو اقر احدهما بدين لغيره فانه يعطيه
كل ما فى يده اذا كان الدين مستغرقا لما فى يده لان الدين مقدم على الميراث فقد اقران رب الدين احق منه بما فى يده
واما الموصى له فهو شريك الوارث فصار مقرا بانه شريكه وشريك اخيه فى الثلث فلم يسلم له شئ الا ان يسلم
للوارث مثليه وفى العمادية ادعى رجل دينا على ميت فاقر احد ابنيه قال الفقيه ابو الليث الاختيار عندى ان يؤخذ
منه ما يخصه من الدين وهو قول الشعبى والبصرى وابن ابى ليلى وسفيان الثورى وغيرهم ممن تابعهم وهذا القول
ابعد من الضرر وقال بعض المشايخ يؤخذ من حصة المقر جميع الدين وبه يفتى اليوم لكن قال مشايخنا هنا زيادة شئ
لا يشترط فى الكتب وهو ان يقضى القاضى عليه باقراره اذ بمجرد اقراره لا يحل الدين فى نصيبه بل يحل بقضاء القاضى
عليه ونظير تلك المسئلة ذكرت فى الزيادات وهى ان احد الورثة اذا اقر بالدين ثم شهد هو ورجل ان الدين كان
على الميت فانها تقبل وتسمع شهادة المقر فلو كان الدين يحل فى نصيبه بمجرد اقراره لزم ان لا تقبل شهادته لما فيه من المغرم
قال صاحب الزيادات وينبغى ان تحفظ هذه الزيادة فان فيها فائدة عظيمة انتهى (وان اوصى بامة فولدت بعد موته)
اى الموصى (فهما) اى الامة وولدها (للموصى له ان خرجا من الثلث) لان الام دخلت فى الوصية اصالة والولد تبعا
حين كان متصلا بالام فاذا ولدت ولدا قبل القسمة والتركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت قبلها حتى تقضى
ديونه وتنفذ منها وصاياه دخل الولد فى الوصية فيكونان للموصى له (والا) اى وان لم يخرجا من الثلث (اخذ الموصى له
الثلث منها) اى من الام (ثم) اخذ (منه) اى من الولد فيأخذ الموصى له ما يخص الثلث من الام او لا فان فضل شئ يأخذه
من الولد عند الامام (وعندهما يأخذ منهما) اى من الام والولد (على السواء) لان الولد دخل فى الوصية تبعا حال اتصاله
بها فلا يخرج عن الوصية بالانفصال فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم فى الاخذ من الام وله ان الام اصل
والولد تبع والتبع لا يزاحم الاصل ولا يجوز نقض الاصل بالتبع وفى جعل الولد شريكا معها نقض الوصية بالام
فلا يجوز بخلاف البيع والعتق لان تنفيذ البيع والعتق فى الولد لا ينقص شيئا فى الاصل بل يبقى تاما صحيحا الا انه
يحط بعض الثمن عن الاصل ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض وذلك جائز لا بأس به لان الثمن تبع حتى
لا يشترط وجوده عند البيع وينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة وقبل قبول
الموصى له فان ولدت بعد القبول وبعد القسمة فهو للموصى له لان التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت
فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له وان ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدورى انه لا يصير موصى به
ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة ومشايخنا قالوا يصير موصى به
حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول وان ولدت قبل موت الموصى لم تدخل تحت الوصية وبقى
على حكم الميت لانه لم يدخل تحت الوصية قصدا والكسب كالولد فى جميع ما ذكرنا كذا فى الكافى ✻) باب العتق
فى المرض (✻ الاعتاق فى المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مفروضة افرده بباب على حدة
واخره عن صريح الوصية لانه الاصل (العبرة لحال التصرف فى التصرف المنجز) وهو الذى اوجب

حكمه فى الحال كانت حر او وهبتك (فان) كان التصرف المنجز (فى الصحة فمن كل المال وان كان فى مرض الموت فمن ثلثه
اى ثلث المال والمراد بالتصرف الذى هو انشاء ويكون فيه معنى التبرع حتى ان الاقرار بالدين فى المرض ينفذ من كل
المال والنكاح فى المرض يكون المهر فيه من كل المال (و) التصرف (المضاف الى الموت) وهو ما اوجب حكمه بعد
موته كانت حر بعد موتى او هذا لزيد بعد موتى (يعتبر من الثلث وان) كان هذا التصرف (فى الصحة) فالمعتبر ليس
حالة العقد بل حالة الموت (ومرض صح) صفته (منه) اى من المرض (كالصحة) فقوله مرض مبتدأ خبره قوله
كالصحة وانما كان كالصحة لان حق الغرماء والورثة لا يتعلق بماله الا فى مرض موته وبالبرء منه تبين انه ليس بمرض
موت فلا يكون لاحد حق فى ماله فله التصرف فيه كما شاء (فالتحرير فى مرض الموت والمحاباة) وهى ان يبيع عبدا
قيمته مائتان بمائة مثلا (والكفالة والهبة وصية) اى كالوصية ووجه الشبه قوله (فى اعتباره من الثلث) اى حكم هذه
التصرفات كحكم الوصية حتى تعتبر من الثلث ومزاحمة اصحاب الوصايا فى الضرب لا انها وصية حقيقة لان الوصية
ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة فى الحال (فان اعتق وحابى وضاق الثلث عنهما) اى عن العتق والمحاباة
(فالمحاباة اولى) اى تقدم على العتق هذا (ان قدمت) المحاباة على العتق (وهما) اى العتق والمحاباة (سواء ان اخرت)
المحاباة بان اعتق عبدا قيمته مائة ثم باع عبدا قيمته مائتان بمائة ولا مال له سواهما يقسم الثلث وهو المائة بينهما
نصفين فيعتق نصف العبد ويسعى فى نصف قيمته وصاحب المحاباة يأخذ العبد الاخر بمائة وخمسين وهذا عند الامام
وقالا هما سواء فى المسئلتين له ان المحاباة اقوى لانه فى ضمن عقد المعاوضة لكن ان وجد العتق اولا وهو لا يحتمل الرفع
يزاحم المحاباة وهما يقولان ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا اعتبار للتقدم فى الذكر لانه
لا يوجب التقدم فى الثبوت الا اذا اتحد المستحق واستوت الحقوق (وان اعتق بين محاباتين) بان حابى ثم اعتق
ثم حابى قسم الثلث (فنصف) الثلث (للاولى) اى للمحاباة الاولى (ونصف) الثلث (بين العتق و) المحاباة (الاخيرة)
لان العتق مقدم على الاخيرة فيستويان وفى الهداية اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين
لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان قال فى العناية
فيه بحث وهو ان المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المقدم عليها فالمحاباة الاولى
مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب الامام والجواب ان شرط الانتاج ان تلزم النتيجة
القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك كما عرف فى موضعه انتهى لكن يرد عليه ان المساوى لمساوى الشئ
مساو لذلك الشئ فيعود المحذور اللهم الا ان يقال ان مساواة المحاباة الاولى للثانية من جهة ومساواة الثانية للعتق المقدم
من جهة اخرى وحيث انفكت الجهة اندفع المحذور وان حابى بين عتقين بان اعتق ثم حابى ثم اعتق فنصف الثلث
للمحاباة ونصف الثلث للعتقين بان يقسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق
الثانى هذا عند الامام وعندهما العتق اولى فى الجميع لانه لا يلحقه الفسخ بوجه من الوجوه بخلاف المحاباة فانه
يلحقها الفسخ وان اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم بطلت الوصية عند الامام
وعندهما يعتق عنه عبد بما بقى لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن قياسا على الوصية بالحج ولو كان
مكان العتق حج حج بما بقى اجماعا وله ان وصيته بالعتق لعبد يشترى بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ
فى غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هى حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار
كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع اليه الباقى قال الزيلعى قيل هذه المسئلة مبنية على اصل اخر
مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق
وعنده حق العبد حتى لا تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا البناء صحيح لان الاصل ثابت
معروف ولا سبيل الى انكاره (وتبطل الوصية بعتق عبده لو جنى بعد موت سيده فدفع بها) اى بالجناية
لان حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة الموصى
وملك الموصى باق الى ان يدفع وبالدفع يزول ملكه فاذا خرج عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الوصى
او وارثه بعد موته بالدين (وان فدى) اى العبد بان اعطى الورثة الفداء لولى الجناية بمقابلة العبد (فلا) تبطل
الوصية لانهم كانوا متبرعين بالفداء وانما جازت الوصية ح لان العبد برئ عن الجناية فصار كانه لم يجز
(ولو اوصى لزيد بثلث ماله وترك عبدا فادعى زيد عتقه فى الصحة) اى صحة الموصى (و) ادعى (الوارث عتقه فى المرض
فالقول للوارث) مع اليمين وصورة المسئلة اذا اوصى بثلث ماله لزيد وله عبد فاقر الموصى له والوارث ان الموصى اعتق
هذا العبد لكن قال الموصى له اعتقه فى الصحة لئلا تكون وصية تنفذ من الثلث وقال الوارث اعتقه فى المرض
ليكون وصية فالقول قول الوارث مع يمينه (ولا شئ لزيد الا ان يفضل الثلث عن قيمته) اى العبد

ويبرهن زيد على دعواه وهو عتقه فى الصحة فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد فلا يثبت الاستحقاق لزيد بلا برهان فان لم يبرهن حلف الوارث انه لم يعلم ان مورثه اعتقه فى الصحة وانما كان القول للوارث لان العتق من الحوادث فيحكم بحدوثه من اقرب الاوقات للتيقن بها واقرب الاوقات هنا وقت المرض وكان الظاهر شاهدا للوارث فكان القول قوله مع اليمين الا ان يفضل من الثلث شئ على قيمة العبد لانه لامزاحم له او تقوم البينة ان العتق فى الصحة اذ الثابت بالبينة بمنزلة الثابت بالمعاينة نعم البينة انما تقبل من خصم والعتق حق العبد عنده ولكنه اى الموصى له بالثلث خصم فى اقامتها لاثبات حقه (ولو ادعى رجل على الميت دينا و ادعى (العبد اعتاقه فى صحته وصدقهما الوارث سعى العبد فى قيمته وتدفع الى الغريم) عند الامام (وعندهما لايسعى) لهما ان الدين والعتق فى الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد فكانهما وقعا معا والعتق فى الصحة لايوجب السعاية وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه فى المرض يعتبر من كل المال والاقرار بالعتق يعتبر من الثلث فيجب ان يبطل العتق لكنه لايحتمل البطلان فيبطل معنى بايجاب السعاية عليه ولان اسناد العتق الى الصحة انما يصح اذا لم يوجد شغل الدين وقد وجد الدين هنا فمنع الاسناد فوجب رده بالدين ورده بالسعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ابنا والف درهم فقال رجل لى على الميت الف درهم دين وقال رجل هذا الالف الذى تركه ابوك كان وديعة لى عند ابيك وقال الابن صدقتما فعنده الالف بينهما نصفان لانه لم تظهر الوديعة الا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما اذا اقر بالوديعة ثم بالدين وقالا الوديعة احق لانها ثبتت فى عين الالف والدين ثبت فى الذمة اولا ثم ينتقل الى العين فكانت اسبق وصاحبها احق كما لو كان المورث حيا وقال صدقتما وذكر فى الهداية فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء والاصح ماذكرنا اولا وبه ينطق شروح الجامع الصغير وشروح المنظومة كذا فى الكافى (وان اجتمعت وصايا وضاق الثلث عنها قدمت الفرائض) كالحج والزكوة والكفارات وان اخرها) اى الموصى الفرائض (فى الذكر) لان الفرض اهم من النفل (فان تساوت الوصايا فى الفرضية اوغيرها) بان كان جميعها نفلا (قدم ما قدمه الموصى) لان الظاهر من حال الموصى ان يبدأ بما هو الاهم عنده والثابت بالظ كالثابت بالنص (وقيل) ان تساوت فى الفرضية (تقدم الزكوة على الحج) وهو ماذكره الطحاوى (وقيل بالعكس) قال فى الكافى واختلفت الروايات عن ابى يوسف فى الحج والزكوة وقال فى احدى الروايتين يبدأ بالحج وان اخره لان الحج يتأدى بالبدن والمال والزكوة بالمال فحسب فكان الحج اقوى فيبدأ به وروى عنه انه تقدم عليه الزكوة بكل حال لان حق الفقير ثابت والحج محض حق الله تعالى فكانت الزكوة اقوى (ويقدم الحج والزكوة على الكفارات فى القتل والظهار واليمين) لرجحانهما عليها فقد جاء فيهما الوعيد مالم يأت فى كفارة قال الله تعالى ومن كفر فان الله غنى عن العالمين وقال تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولاينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم وغير ذلك من الاحاديث الواردة فيهما (و) تقدم (الكفارات على صدقة الفطر) لورود القرآن بوجوبها بخلاف صدقة الفطر (و) تقدم (صدقة الفطر على الاضحية) للاتفاق فى وجوبها وللاختلاف فى وجوب التضحية وما هو متفق على وجوبه اولى بالتقديم وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على بعض كالنذر يقدم على الاضحية لان النذر ثابت بالكتاب دونها (وان اوصى بحجة الاسلام احجوا) اى الورثة (عنه) اى عن الموصى (رجلا من بلده) الذى يحج ذلك الرجل عنه حال كونه (راكبا) لان الواجب عليه ان يحج من بلده فيجب الاحجاج عنه كما وجب لان الوصية لاداء ماهو الواجب عليه وانما شرط ان يكون راكبا لانه لايلزمه ان يحج ماشيا فوجب الاحجاج عنه على الوجه الذى لزمه (ان وفت النفقة) للاحجاج من بلده راكبا (والا) اى وان لم تف النفقة (فمن حيث تفى) النفقة وفى القياس لايحج عنه لانه اوصى بالحج بصفة وقد عدمت وجه الاستحسان انا نعلم ان غرضه تنفيذ الوصية فتنفذ ما امكن (وان خرج حاجا فمات فى الطريق واوصى ان يحج عنه حج عنه من بلده) عند الامام وزفر لان عمله قد انقطع بموته لقوله عليه السلام اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث والخروج الى الحج ليس من الثلاثة فظهر بموته ان سفره كان سفر الموت لاسفر الحج فكان فى هذا المعنى كخروجه للتجارة اذا مات يحج عنه من بلده فكذا هنا (وعندهما من حيث مات استحسانا) لان السفر بنية الحج وقع قربة وقد وقع اجره على الله لقوله تع ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع اجره على الله ولم ينقطع بموته فيكتب له حج مبرور فيبتدأ من ذلك المكان كانه من اهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج بنية التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده (وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره فى الطريق) فيحج عنه ثانيا من وطنه عند الامام وعندهما من حيث مات ❊) باب الوصية للاقارب وغيرهم (❊ انما اخر هذا الباب عما تقدمه لان المذكور فى هذا الباب احكام الوصية لقوم مخصوصين

والمذكور

والمذكور فيما تقدم احكامها على العموم والخصوص ابدا تابع للعموم (جار الانسان ملاصقه) قدم الوصية للجار على الوصية للاقارب تبعا لما فى الهداية وكان حق الكلام ان يقدم الوصية للاقارب على الوصية للجار نظرا الى ترجمة الباب واجاب عنه فى العناية بان الواو لاتدل على الترتيب وان التقديم فى الذكر اهتماما بامر الجار ثم ان حمل الجار على الملاصق هو مذهب الامام وهو القياس وقد حمل عليه قوله عليه الصلوة والسلام الجار احق بصقبه ومعنى الحديث ان الجار احق بالشفعة اذا كان ملاصقا (عندهما) جار الانسان (من يسكن محلته ويجمعهم مسجدها) اى مسجد المحلة لان الكل يسمى جيرانا عرفا قال عليه الصلاة والسلام لاصلاة لجار المسجد الا فى المسجد وفسر بكل من سمع النداء ولان المقصود البر وبر الجار لايختص بالملاصق بل بر المقابل مقصود كبر الملاصق غير انه لابد من نوع اختلاط فاذا جمعهم مسجد واحد فقد وجد الاختلاط واذا اختلفا فى المسجد زال الاختلاط وقال الشافعى الجوار الى اربعين دارا قلنا هذا الخبر ضعيف فقد طعنوا فى رواته (ويستوى فيه) اى لفظ الجار (الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى) والصغير والكبير كذلك وانما دخل المذكورون فى لفظ الجار لصدقه عليهم لغة وشرعا ويدخل فيه العبد الساكن عنده لان مطلق هذا الاسم يتناوله ولايدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب فانه لايملك ما فى يد العبد الا بتمليكه الا يرى انه يجوز له اخذ الزكاة وان كان مولاه غنيا بخلاف القن والمدبر وام الولد والارملة تدخل لان سكناها مضافة اليها ولاتدخل التى لها بعل لان سكناها غير مضافة اليها وانما هى تبع فلم تكن جارا مطلقا (وصهره من هو ذو رحم محرم من امرأته) لانه عليه الصلوة والسلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذى رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبى عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابى عبيد رحمهما الله تع وفى الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة ولم يقيده بالمحرم وفى الكافى وانما يدخل فى الوصية من كان صهر الموصى يوم موته بان كانت المرأة منكوحة له عند الموت او معتدة عنه بطلاق رجعى لان المعتبر حالة الموت حتى لو مات الموصى والمرأة فى نكاحه او عدته من طلاق رجعى فالصهر يستحق الوصية لان الطلاق الرجعى لايقطع النكاح وان كانت فى عدة من طلاق باين او ثلاث لايستحقها لان انقطاع النكاح يوجب انقطاع الصهرية انتهى (وختنه من هو زوج ذات رحم محرم منه) كازواج البنات والاخوات والعمات والخالات لان الكل يسمى ختنا وكذا كل ذى رحم محرم من ازواجهن عند محمد لانهم يسمون اختانا وقيل هذا فى عرفهم واما فى عرفنا فلا يتناول الا الازواج المحارم (ويستوى فى ذلك) اى فى الصهر والختن (الحر والعبد والاقرب والابعد) لان اللفظ يتناولهم جميعا (واقاربه واقرباؤه وذو قرابته وارحامه وذو وارحامه وانسابه الاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه) يعنى اذا اوصى الى اقاربه او اقربائه وذوى قرابته او ارحامه او ذوى ارحامه او انسابه تكون الوصية للاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه (ولايدخل فيه) اى فى كل واحد من هذه الالفاظ (الوالدان والولد) ولا الوارث ويكون للاثنين فصاعدا هذا عند الامام ويستوى فيه الصغير والكبير والحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر (وفى الجد روايتان) وكذا فى ولد الولد وفى ظاهر الرواية عن الامام انهم يدخلون وفى رواية عن الشيخين انهم لايدخلون (وان لم يكن له ذو رحم محرم منه بطلت) الوصية عند الامام لانه تبين ان الوصية منه لمعدوم فكانت باطلة (وتكون) اى الوصية (للاثنين فصاعدا) لانها اخت الميراث والجمع فى المواريث اثنان فصاعدا فكذا فى الوصية (وعندهما) يدخل فى الوصية (من ينسب اليه) اى الى الموصى من قبل الاب والام (الى اقصى اب له فى الاسلام) بان اسلم او ادرك الاسلام وان لم يسلم) قيل يشترط اسلام الاب الاقصى وقيل لايشترط ولكن يشرط ادراكه للاسلام حتى لو اوصى علوى لذوى قرابته فمن شرط الاسلام يصرف الوصية الى اولاد على رضى الله عنه لا الى اولاد ابى طالب ومن لم يشترط يصرفها الى اولاد ابى طالب فيدخل فيها اولاد عقيل وجعفر ولايدخل اولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام (فمن له عمان وخالان الوصية لعميه) يعنى اذا اوصى الى اقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند الامام رحمه الله لانه يعتبر الاقرب فالاقرب كما فى الارث (وعندهما الكل على السواء) فتقسم بينهم ارباعا لان اسم القريب يتناولهم ولايعتبران الاقرب (ومن له عم وخالان نصف الوصية لعمه ونصفها بين خاليه) لانه لابد من اعتبار معنى الجمع واقله فى الوصية والارث اثنان فيكون للواحد النصف وبقى النصف الاخر ولامستحق له اقرب من الخالين فكان لهما (وان كان له عم واحد فقط فنصفها) اى الوصية (له) اى للعم لانه لابد من اعتبار الجمع فيه ويرد النصف الاخر من الثلث الى الورثة لعدم من يستحقه لان اللفظ جمع وادناه اثنان فى الوصية فلهذا يعطى له النصف والنصف الاخر للورثة (وان كان له عم وعمة وخال وخالة فالوصية للعم والعمة على السواء) لاستواء قرابتهما وقرابة العمومة اقوى

من قرابة الخؤلة والعمة وان لم تكن وارثة فهى مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا (وعندهما الوصية للكل على السوية فى جميع ذلك) لما عرف من مذهبهما انهما لا يشترطان الاقرب فالاقرب كما اشترطه الامام (واهل الرجل زوجته) عند الامام يعنى اذا اوصى لاهل رجل فهى لزوجته (وعندهما) اهل الرجل (من يعولهم وتضمهم نفقته) يعنى عندهما اهل الرجل من كانوا فى عياله وتلزمه نفقتهم اعتبارا للعرف المؤيد بالنص وهو قوله تعالى وأتونى باهلكم اجمعين وقال تعالى فنجيناه واهله الا امرأته والمراد من كان فى عياله وللامام قوله تعالى وسار باهله اى زوجته بنت شعيب عليه السلام ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا اى تزوج والمطلق ينصرف الى الحقيقة المستعملة كما فى الهداية (وآله اهل بيته) يعنى اذا اوصى لآل فلان فهى لاهل بيته فيدخل فيه كل من ينسب اليه من آبائه الى اقصى اب له فى الاسلام ولا يدخل فيه اولاد البنات ولا اولاد الاخوات ولا احد من قرابة امه لانهم لا ينسبون اليه وانما ينسبون الى آبائهم وابوه وجده من اهل بيته) لان الاب والجد يعدان من اهل البيت (واهل نسبه من ينسب اليه من جهة الاب) لان النسب انما يكون من جهة الاباء (وجنسه اهل بيت ابيه) دون امه لان الانسان يتجنس بابيه فصار كآله بخلاف قرابته حيث يدخل فيه من كان من جهة الام ايضا لان الكل يسمون قرابة (والوصية) مبتدأ (لبنى فلان وهو اب صلب) جملة وهو اب صلب حال من المضاف اليه (للذكور خاصة) خبره فلا يدخل فيه الاناث لان حقيقة هذا اللفظ انما هو للذكور وهذا رواية عن الامام (وعندهما وهو رواية) اخرى (عن الامام يدخل فيه الاناث ايضا) اى كالذكور ودخول الاناث فى بنى فلان اما تغليب او مجاز بارادة الفروع (و) الوصية (لورثة فلان للذكر مثل حظ الانثيين) لان الاسم مشتق من الوراثة فاذا بان قصده التفصيل وهى فى اولاد المورث للذكر مثل حظ الانثيين فكانت الوصية كالميراث من حيث ان التنصيص على الاسم المشتق يدل على ان الحكم يترتب على مأخذ الاشتقاق (ولو) اوصى (لولد فلان للذكر والانثى على السواء) لان الولد ينتظم بالكل (ولا يدخل اولاد الابن عند وجود اولاد الصلب) لان الولد حقيقة يتناول ولد الصلب وتدخل فيه الاناث حتى اذا كان له بنات صلبية وبنو ابن فالوصية للبنات عملا بالحقيقة ما امكن العمل بها (ويدخلون) اى اولاد الابن (عند عدمهم) اى اولاد الصلب لانه لما تعذر العمل بالحقيقة صير الى المجاز بخلاف المسئلة الاولى (دون اولاد البنت) وانما لا يدخلون مطلقا لان اولاد البنات انما ينسبون الى ابيهم كما قال الشاعر بنونا بنو ابنائنا وبناتنا بنوهن ابناء الرجال الاباعد (وان اوصى لبنى فلان وهو) اى فلان (ابو قبيلة) كبنى تميم مثلا (لا يحصون كثرة (فهى) اى الوصية (باطلة) لانه لا يمكن تصحيحه فى حق الكل لعدم احصائهم فتبطل الوصية لتعذر الصرف (وان) اوصى (لايتامهم او عميانهم او زمنائهم او اراملهم فللغنى والفقير منهم والذكر والانثى ان كانوا) اى الموصى لهم (يحصون) لان الوصية تمليك وامكن تحقيق معنى التمليك فى حقهم ثم قيل حد الاحصاء عند ابى يوسف ان لا يحتاج من يعدهم الى حساب ولا كاتب فان احتيج الى ذلك فهم لا يحصون وهذا ايسر وقال بعضهم هو مفوض الى رأى القاضى كذا فى شرح الهداية (وللفقراء منهم خاصة ان كانوا لا يحصون) لان المقصود من الوصية القربة وهذه الاسامى اعنى الايتام وما بعده تشعر بتحقق الحاجة فيحمل على الفقراء (و) ان اوصى (لمواليه فهى) اى الوصية (لمن اعتقهم فى الصحة او المرض ولاولادهم) اى اولاد المعتقين من الرجال والنساء واعتاقه قبل الوصية وبعدها سواء ولا يدخل فيه المدبرون وامهات الاولاد وعن ابى يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم فى حقهم بحيث لا يلحقه الفسخ فنسبوا الى الولاء كالمعتقين ولا يدخل فيها مولى الموالاة لان ولاء العتاقة بالعتق وولاء الموالاة بالعقد فهما معنيان متغايران فلا ينتظمهما لفظ واحد بخلاف اولاد المعتقين لانهم ينسبون الى المعتق بواسطة ابائهم بولاء واحد (ولا) يدخل فيها (موالى الموالى الا عند عدمهم) اى الموالى لانهم ليسوا موالى الموصى حقيقة فهم بمنزلة ولد الولد مع ولد الصلب فلا يتناولهم الاسم الا عند عدم المولى حقيقة كما مر فى ولد الولد مع وجود الولد وعدمه (وتبطل) الوصية (ان كان له) اى للموصى (معتقون) بكسر التاء (ومعتقون) بفتح التاء يعنى اذا اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة لان اللفظ مشترك ولا عموم له ولا قرينة تدل على احدهما ولا فرق فى ذلك عند عامة اصحابنا بين النفى والاثبات واختار شمس الائمة وصاحب الهداية انه يعم اذا وقع فى حيز النفى كما لو حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الجميع والجواب عنه على قول عامة الاصحاب كما فى العناية ان ترك الكلام مع الموالى مطلقا ليس لوقوعه فى النفى بل لان الحامل على اليمين بغضه لهم وهو غير مختلف وقد قرره فى التقرير بما لا مزيد عليه فان قيل سلمنا ان لفظ الموالى مشترك وحكمه التوقف فكيف حكم ببطلانها قلنا ان ذلك فيما اذا مات الموصى قبل البيان والتوقف فى مثله لا يفيد فان قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن وهى ان شكر المنعم واجب فنصرف الى الموالى الذين اعتقوهم واما فضل الانعام فى حق الذين اعتقهم هو مندوب اليه والصرف الى الواجب اولى من الصرف الى المندوب

كما هو المروى عن ابى يوسف بهذا المعنى قلنا اجيب بانها معارضة بجهة اخرى وهى جريان العرف بالوصية للفقراء والغالب فى المعتقين بفتح التاء ان يكونوا فقراء وفى المعتقين بكسرها الغالب ان يكونوا اغنياء والمعروف عرفا كالمشروط شرعا كما هو المروى عن ابى يوسف بهذا المعنى (واقل الجمع اثنان فى الوصايا كالمواريث) لما بينا ان الوصايا اخت المواريث وقد ورد النص فى القرآن باطلاق الجمع على الاثنين فى المواريث فقلنا فى الوصايا ان اقل الجمع فيها اثنان ايضا حملا على ما ورد به النص فى المواريث

(* باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة *)

لما فرغ من ذكر احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع فى بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع واخر هذا الباب من جهة ان المنافع بعد وجود الاعيان ليوافق الوضع الطبع (تصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره و بغلتهما) اى العبد والدار (مدة معينة) كسنة اوسنتين مثلا (وابدا) لان المنفعة تحتمل التمليك ببدل وغير بدل فى حال الحيوة فتحتمل التمليك بعد الممات كالاعيان دفعا للحاجة وهذا لان الموصى يبقى العين على ملكه حتى يجعله مشغولا بتصرفه موقوفا على حاجته وانما تحدث المنفعة على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه المنفعة على حكم ملك الوقف ويجوز موقتا ومؤبدا كالعارية وهذا بخلاف الميراث فالارث لا يجرى فى الخدمة بدون الرقبة لان الوراثة خلافة وتفسيرها ان يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث وهذا انما يتصور فيما يبقى وقتين والمنفعة لا تبقى وقتين فاما الوصية فايجاب ملك بالعقد كالاجارة والاعارة وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانها بدل المنفعة فاخذت حكمها (فان خرج ذلك) المذكور من رقبة العبد والدار (من الثلث سلم الى الموصى له) بخدمته وسكناه فيه الا ان حق الموصى له فى الثلث لا يزاحمه الورثة (والا) اى وان لم تخرج من الثلث (قسمت الدار) عينها اثلاثا (وتهايئا فى العبد يومين لهم ويوما له) لان حق الموصى له فى الثلث وحقهم فى الثلثين كما فى الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه مما لا يحتمل القسمة فصرنا الى المهاياة هذا اذا كانت الوصية غير موقتة وان كانت موقتة بوقت كالسنة مثلا فان كانت السنة غير معينة يخدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ان يمضى ثلاث سنين فاذا مضت سلم الى الورثة لان الموصى له استوفى حقه وان كانت معينة فان مضت السنة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات قبل مضيها يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ان تمضى تلك السنة فاذا مضت سلم الى الورثة وكذا الحكم لو مات الموصى بعد مضى بعضها بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع بها لامكان قسمة عين الدار اجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفى المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاولى اولى لكونه اعدل (فاذا مات الموصى له ردت) اى الوصية من العبد او الدار الى ورثة الموصى لانه اوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له لاستحقها ابتداء من ملك الموصى بغير رضاه وذلك غير جائز (وان مات الموصى له فى حيوة الموصى بطلت) الوصية لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت وملك الموصى ثابت فى الحال فلا يتصور تملك الموصى له بعد موته (ومن اوصى له بغلة الدار او العبد لا يجوز له السكنى والاستخدام فى الاصح) لانه اوصى له بالغلة وهى الدراهم او الدنانير وهذا استيفاء المنفعة نفسها ولا شك انهما متغايران ويتفاوتان فى حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة باستردادها منه بعد استغلالها بخلاف ما اذا استوفى المنافع نفسها وقوله فى الاصح احتراز عما قال بعضهم يجوز له السكنى والاستخدام لان الحق هو المنفعة وهى حاصلة بهذين الطريقين (ولا يجوز لمن وصى له بالخدمة) فى العبد والسكنى فى الدار (ان يوجر) العبد والدار وقال الشافعى له ذلك لان تمليك المنفعة بعقد مضاف الى ما بعد الموت كتمليك المنفعة فى حال الحيوة ولو تملك المنفعة بالاستيجار فى حال الحيوة تملك الاجارة وكذا اذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت وهذا لان المنافع كالاعيان عنده لما مر بخلاف المستعير فانه لا يملك المنفعة لانها اباحة الانتفاع عنده ولهذا لا يتعلق بالاعارة اللزوم والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم ولنا ان الموصى له ملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تمليكها من غيره بعوض كالمستعير فانه لا يملك الاجارة وذلك لان المستعير مالك للمنفعة اذ التمليك فى حال الحيوة اقرب الى الجواز بعد الممات واذا احتملت المنفعة التمليك بعد الموت بغير عوض فلان تحتمل ذلك فى حال الحيوة اولى (وان اوصى له بثمرة بستانه فمات) الموصى (وفيه) اى فى البستان (ثمرة فله) اى للموصى له (هذه) اى الثمرة الموجودة فقط لا ما يحدث بعدها (وان زاد ابدا) اى زاد فى تلك الوصية لفظ ابدا (فله) اى للموصى له (هى) اى الثمرة الموجودة (وما يستقبل) عطف على الضمير اعنى قوله هى اى يستحق الثمرة الموجودة وما يحدث من الثمرة فى المستقبل عملا بالتأبيد فى لفظ الموصى (وان اوصى له بغلة بستانه فله الموجود وما يستقبل) وحاصله انه اذا اوصى له بالغلة استحقها دائما وبالثمرة لا يستحق الا القائمة الا اذا زاد لفظ ابدا فيصير كالغلة فيستحقها دائما والفرق بينهما ان الثمرة

اسم للموجود عرفا فلا يتناول ما يحدث بعد الا بلفظ يدل على ذلك كابدا ونحوه واما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض ان يوجد مرة بعد اخرى كما يقال فى العرف فلان يأكل من غلة بستانه او ارضه او داره فيصدق على ما ينتفع به فى الحال او فى الاستقبال (وان اوصى له بصوف غنمه ولبنها) اى الغنم (او اولادها فله ما يوجد من ذلك عند موته فقط) سواء (قال ابدا او لم يقل) اى للموصى له ما يوجد من ذلك الموصى به ما فى بطونها من الاولاد وما فى ضروعها من الالبان وما على ظهورها من الصوف يوم مات الموصى سواء قال ابدا او لم يقل لانها ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ والفرق بينهما وبين ما تقدم ان الصوف والولد واللبن الموجودات يصح استحقاقها بالعقود فانها تملك تبعا بكل عقد فكذا بالوصية فاما المعدوم منها فلم يشرع استحقاقها بشئ من العقود فلم يصح استحقاقها بعقد الوصية فاما الثمرة والغلة المعدومة فيصح استحقاقها بعقد المزارعة والمعاملة فلان تستحق بالوصية اولى

* باب وصية الذمى *

(* انما ذكر وصية الذمى عقيب وصية المسلم لما ان اهل الذمة ملحقون بالمسلمين فى المعاملات (ولو جعل ذمى داره بيعة او كنيسة فى صحته ثم مات فهى ميراث) اما عند الامام فلانها بمنزلة الوقف ووقف المسلم يورث عنه فهذا اولى وانما قلنا يورث عنه لانه غير لازم عنده واما عندهما فالوصية باطلة لان هذا معصية حقيقة وان كان فى معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لان فى تنفيذها تقرير المعصية (ولو اوصى به) اى بجعل داره بيعة او كنيسة (لقوم مسمين جاز) اى الايصاء (من الثلث) اتفاقا لان فى الوصية معنى التمليك ومعنى الاستخلاف وللموصى ولاية كليهما (وكذا) يجوز (فى غير المسمين) بان اوصى لقوم غير مخصوصين هذا عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا انها باطلة الا ان يوصى لقوم باعيانهم والحاصل ان وصايا الذمى على اربعة اوجه احدها ان يوصى بما هو معصية عندنا وعندهم كالوصية للمغنيات والنائحات فهذا لا يصح اجماعا الا ان يكون لقوم باعيانهم فتصح تمليكا من الثلث فان كانوا لا يحصون لا تصح تمليكا لان التمليك من المجهول لا يصح ولا يمكن تصحيحها قربة لانها معصية عند الكل وثانيها ان يوصى بما هو معصية عندهم قربة عندنا كما لو اوصى ان يجعل داره مسجدا او يسرج فى المساجد او اوصى بالحج فهى باطلة بالاجماع اعتبار الاعتقادهم لانا نعاملهم بديانتهم وثالثها ان يوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كما لو اوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين او لعتق الرقاب او يسرج فى بيت المقدس فهى صحيحة اجماعا لاتفاق الكل على كون ذلك قربة ورابعها ان يوصى بما هو قربة عندهم معصية عندنا كما لو اوصى ان تجعل داره بيعة او كنيسة او بيت نار يسرج فيه او تذبح الخنازير ويطعم المشركون فهى صحيحة ايضا عند الامام سمى قوما او لم يسم وقالا هى باطلة الا ان يسمى قوما باعيانهم لهما ان هذه وصية بمعصية وفى تنفيذها تقرير المعصية والسبيل فى المعاصى ردها لا قبولها فوجب القول بالبطلان وله ان المعتبر ديانتهم فى حقهم لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون وهى قربة عندهم فتصح الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة عندنا معصية عندهم لا تجوز الوصيه اعتبار الديانتهم فكذا عكسه (وتصح وصية مستأمن لا وارث له فى دارنا بكل ماله لمسلم او ذمى) لان القصر على الثلث شرعا لحق الورثة حتى تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعى لانهم فى دار الحرب وهم اموات والحجر بناء على حق معصوم لا يصلح دليلا على الحجر لحق غير معصوم اذ حقوق اهل الحرب غير معصومة حتى لو كانت ورثته فى دار الاسلام بامان او بذمة يتقدر بقدر الثلث لحرمتهم (وان اوصى) اى المستأمن (ببعضه) اى ببعض ماله ثم مات (رد الباقى) من ماله (الى ورثته) الذين فى دار الحرب لان الرد الى ورثته من حق المستأمن ايضا لا رعاية لحق الورثة حتى يرد ان يقال كيف يرد الباقى الى ورثته الذين فى دار الحرب وقد قلتم بانهم ليس لورثته حق مرعى (وتصح الوصية له) اى للمستأمن (ما دام فى دارنا) سواء كانت الوصية (من مسلم او ذمى) لانه ما دام فى دارنا فله حكم اهل الذمة فى المعاملات حتى يصح منه عقود التمليكات فى حال حيوته ويصح تبرعه فى حيوته فكذا بعد مماته وعن الشيخين انه لا يجوز لانه من اهل الحرب لانه بقصد الرجوع ويمكن منه بخلاف الذمى (وصاحب الهوى) وهو الذى يتبع هوى نفسه ميلا للبدعة (ان لم يكفر بهواه) اى يحكم بكفره بما ارتكبه من الهوى (فهو كالمسلم فى الوصية) لانا امرنا ببناء الاحكام على ظاهر الاسلام (والا) اى وان لم يكن كذلك بل حكم بكفره بما ارتكبه من الهوى (فكالمرتد) فيكون على خلاف المعروف بين الامام وصاحبيه فى تصرفاته قال فى الكافى ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع كالذمية لانها تبقى على الردة ولا تقتل عندنا انتهى وفى المنح والمرتدة فى الوصية كذمية فتصح وصاياها قال فى الهداية وهو الاصح لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال فى النهاية وذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا وقال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح فلا تصح منها وصية قلت والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك وهو الصحيح

الصحيح وقال هنا الاصح وهما يصدقان كذا فى العناية والفرق بينهما وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والاشبه ان تكون كالذمية فيجوز وصيتها لانها لا تقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها فكذا الوصية وذكر العتابى فى الزيادات ان من ارتد عن الاسلام الى النصرانية او اليهودية او المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل اليهم فما صح منهم صح منه وهذا عندهما واما عند الامام فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع لانها لا تقتل عندنا انتهى فظهر بما ذكرناه عن المنح ان دعوى الاجماع على كون وصيتها نافذة محل نظر فليتأمل (ووصية الذمى تعتبر من الثلث ولا تصح لوارثه) لالتزام اهل الذمة احكام المسلمين فيما يرجع الى المعاملات فيجرى عليهم احكامنا كما فى وصية المسلم (ويجوز) وصيته (لذمى من غير ملته) كوصية نصرانى ليهودى وبالعكس لان الكفر ملة واحدة (لا) تجوز وصيته (لحربى فى دار الحرب) لان اختلاف الدارين يمنع الارث فكذا الوصية لانها اخت الميراث كما تقدم

* باب الوصى *

(* لما فرغ من بيان الموصى له شرع فى بيان احكام الموصى اليه وهو الوصى لان كتاب الوصايا ينتظمه ايضا وانما قدم احكام الموصى له لكثرتها وكون الحاجة الى معرفتها امس (ومن اوصى الى رجل فقبل فى وجهه ورد) الوصية (فى غيبته لا يرتد) لان الموصى مات معتمدا عليه فلو صح رده فى غير وجهه سواء كان فى حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فلا اعتبار لرده فى غيبته ويبقى وصيا كما كان فان قيل ما الفرق بين الموصى له والموصى اليه فى ان رد الموصى له بعد قبوله وبعد موت الموصى يعتبر دون رد الموصى اليه قلنا ان نفع الوصية للموصى له نفسه بخلاف الموصى اليه فان نفع الوصية راجع الى الموصى فكان فى رده بغير اضرار عليه وهو لا يجوز فلهذا قلنا لا يعتبر رده دفعا للضرر عن الموصى (وان رد فى وجهه) اى وجه الموصى يرتد لانه ليس للموصى ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه فتوقف على قبوله (فان لم يقبل) الموصى اليه (ولم يرد) بل سكت (حتى مات الموصى فهو) اى الموصى له (مخير بين القبول وعدمه) لانه ليس للموصى ولاية الالزام فبقى مخيرا (وان باع) الموصى (شيئا من التركة لم يبق له رد وان) كان (غير عالم بالايصاء) فصار بيعه التركة كقبول الوصية وتنفيذ بيعه وان لم يكن عالما بالايصاء بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ ولا يكون البيع من غير علم قبولا (فان رد الوصى) الوصاية (بعد موته) اى موت الموصى (ثم قبل صح ما لم ينفذ قاض رده) ولم يخرجه من الوصاية لما قال لا اقبل لان مجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان فيه ضررا بالميت وضرر الوصى فى الابقاء مجبور بالثواب الا ان القاضى اذا اخرجه عن الوصاية يصح لانه مجتهد فيه فكان له اخراجه بعد قوله لا اقبل كما ان له اخراجه بعد قبوله حتى اذا راى غيره اصلح كان له عزله ونصب غيره وربما يعجز هو عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصية فيدفع القاضى الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت يتصرف فيه فيندفع الضرر من الجانبين ولو قال اقبل بعد ما اخرجه القاضى لا يلتفت اليه لانه قبل بعد ما بطلت الوصية باخراج القاضى اياه (وان اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجه القاضى ونصب غيره) اى اذا اوصى الى هؤلاء المذكورين اخرجهم القاضى عن الوصاية واستبدل غيرهم مكانهم وذكر القدورى ان القاضى يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على ان الوصية كانت لهم صحيحة لان الاخراج يكون بعد الدخول ويدل عليه ما فى السراجية من قوله اذا اوصى الى عبد او ذمى او فاسق اخرجهم القاضى عن الوصاية ولو تصرفوا قبل الاخراج جاز انتهى وذكر محمد فى الاصل ان الوصية باطلة لعدم الولاية لهم ووجه الصحة ثم الاخراج كما ذكره الزيلعى ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف من اصلنا وولاية الكافر فى الجملة لانه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه بعدها والمعادات الدينية الباعثة على ترك النظر فى حق المسلم واتهام الفاسق بالجناية فيخرجهم القاضى عن الوصيه ويقيم غيرهم مقامهم اتماما للنظر وشرط فى الاصل ان يكون الفاسق مخوفا منه على المال لانه يعذر بذلك فى اخراجه وتبديله بغيره بخلاف ما اذا اوصى الى مكاتبه او مكاتب غيره حيث يجوز لان المكاتب فى منافعه كالحر وان عجز بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب فى القن (وان) اوصى (الى عبده فان كان كل الورثة صغارا صح) الايصاء عند الامام لانه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية النظر فلا منافاة (خلافا لهما) وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع الامام ومرة مع ابى يوسف ووجه القياس ان الولاية منقدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات ولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ووجهما ذكره الامام من بيانه (وان كان فيهم) اى فى الورثة (كبير بطل) الايصاء الى عبد نفسه (اجماعا) لان للكبير ان يمنع العبد من التصرف او يبيع نصيبه فيمنعه المشترى عن التصرف فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية (ولو كان

الوصي عاجزا عن القيام بالوصية) اى امورها (ضم) القاضى (اليه) اى الى العاجز (غيره) لان فى الضم رعاية الحقين حق الموصى وحق الورثة لان تكميل النظر يحصل به لان النظر يتم باعانة غيره ولو شكى الوصي الى القاضى ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكى قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه (وان كان) الوصى (قادرا) على القيام بامور الوصاية (امينا لا يخرج) على صيغة المجهول وفاعله المنوب عنه هو القاضى (وان شكى اليه الورثة) كلهم (او بعضهم منه) اى من الوصى (مالم يظهر منه) خيانة قال الزيلعى لو كان قادرا على التصرف وهو امين فيه ليس للقاضى ان يخرجه لانه مختار الميت ولو اختار غيره كان دونه فكان ابقاؤه اولى الا يرى ان الوصى يقدم على ابى الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكت الورثة او بعضهم اليه لا ينبغى ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت منه الخيانة فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها وهو لو كان حيا لاخرجه منها فينوب القاضى منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كانه مات ولا وصى له ولم يذكر ما اذا فعل القاضى ما ليس له وعزل الوصى العدل المختار هل ينعزل ام لا وذكر ذلك قاضيخان فى فتاواه حيث قال وصى الميت اذا كان عدلا كافيا فلا ينبغى للقاضى ان يعزله واذا لم يكن عدلا يعزله وينصب وصيا آخر ولو كان عدلا غير كاف لا يعزله ولكن يضم اليه كافيا ولو عزله ينعزل وكذا لو عزل القاضى العدل الكافى ينعزل كما ذكره الشيخ الامام المعروف بخواهرزاده وقال ابن الشحنة فى شرح الوهبانية قلت وفى وسيط المحيط ان القاضى يصير جائرا اثما قال وعند بعض المشايخ لا ينعزل العدل الكافى بعزل القاضى لانه مختار الميت فيكون مقدما على القاضى وعزى فى القنية انعزال العدل الكافى لخواهرزاده وان ظهير الدين المرغينانى استبعده لانه مقدم على القاضى لانه مختار الميت وان استاذه البديع قال اذا كان هذا فى وصى الميت فكيف وصى القاضى ونحوه فى المبسوط والهداية انتهى وفى جامع الفصولين الوصى من الميت لو عدلا كافيا لا ينبغى للقاضى ان يعزله فلو عزله قيل ينعزل اقول الصحيح عندى انه لا ينعزل لانه كالموصى وهو اشفق بنفسه من القاضى فكيف يعزله وينبغى ان يفتى به لفساد قضاة الزمان كما فى المنح فقد افاد ترجيح عدم صحة العزل للوصى (وان اوصى الى اثنين لا ينفرد احدهما) بالتصرف فى مال الميت وان تصرف فيه فهو باطل وهذا عند الطرفين وقال ابو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ولو اوصى الى رجلين ثم ان احدهما تصرف فى المال غير الاشياء المعدودة ثم اجاز صاحبه فانه يجوز ولا يحتاج الى تجديد العقد كذا فى الجوهرة ثم ان ماذكره فى الجوهرة من الاشياء المعدودة التى يجوز لاحد الوصيين الانفراد بالتصرف فيها ما استثناه بقوله (الا بشراء كفن وتجهيز) فانه لا ينبئ على الولاية وربما يكون احدهما غائبا ففى اشتراط اجتماعهما فساد الميت الا يرى انه لو فعله عند الضرورة جيرانه جاز (وخصومة) فى حقوقه لانهما لا يجتمعان عليها عادة ولو اجتمعا لا يتكلم الا احدهما غالبا على انهما لو تكلما حال الخصومة معا ربما لم يفهم القاضى دعواهما لاختلاط كلام احدهما بالاخر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين ايضا (وقضاء دين) كان على الميت (وطلبه) اى الدين الذى له على الغير (وشراء حاجة الطفل) لان فى تأخيره خوف لحوق الضرر به كخوف الهلاك من الجوع والعرى (وقبول الهبة له) اى للطفل فانه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الام وكل من هو فى يده (ورد وديعة معينة وتنفيذ وصية معينة واعتاق عبد معين) لعدم الاحتياج الى الرأى فى ذلك كله بخلاف ما اذا لم تكن المذكورات معينة فربما احتيج فيها الى الرأى فلا ينفرد احدهما بذلك دون الاخر (ورد مغصوب) فيجوز لاحد الوصيين الانفراد برده دون الاخر ولم يقيدوا المغصوب بكونه معينا ولم يبينوا السر فى اطلاقه عن التقييد ووجه غير ظاهر فتأمل (او مشترى شراء فاسدا) فلكل واحد منهما ان ينفرد برده لما تقدم من عدم الاحتياج الى الرأى (وجمع اموال ضايعة وحفظ المال) لان فى التأخير الى اجتماعهما خوف الفوات (وبيع ما يخاف تلفه) اذ يسرع اليه الفساد ففى التأخير الى الاجتماع ضرر بين هذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف يجوز الانفراد) لكل واحد منهما (مطلقا) ولا يختص الانفراد بالاشياء المعدودة لان الايصاء من باب الولاية والولاية اذا ثبتت لاثنين شرعا تثبت لكل واحد كاملا على الانفراد كالاخوين فى ولاية الانكاح فكذا اذا ثبتت شرطا وهذا لان الولاية لا تحتمل التجزى لانها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة لا تتجزى ولهما ان سبب هذه الولاية التفويض فلابد من مراعاة صفة التفويض والموصى انما فوض الولاية اليهما معا وهذا الشرط مقيد فلم يثبت بدون ذلك الشرط فارضى الا برأى الاثنين ورأى الواحد لا يكون اليهما بخلاف الاخوين فى النكاح لان السبب ثمة الاخوة وهى قائمة بكل واحد منهما على الكمال والسبب هنا الايصاء وهو اليهما لا الى كل واحد منهما ولان الانكاح حق مستحق لها على الولى حتى لو طالبته بانكاحها من كفؤ خاطب يجب عليه

وهنا

وهنا حق التصرف للوصى ولهذا بقى مخيرا فى التصرف بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع فلهذا قال بجواز الانفراد فى الاشياء المعدودة دون غيرها ثم قيل الخلاف فيما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة واما اذا اوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد احدهما بالاجماع ذكره الحلوانى قال ابو الليث وهو الاصح وبه نأخذ وقيل الخلاف فى الفصلين جميعا ذكره الاسكاف وقال فى المبسوط هو الاصح كما فى التبيين (فان مات احد الوصيين اقام القاضى غيره مقامه ان لم يوص الى احد) اما عندهما فلان الباقى عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضى اليه وصيا آخر نظرا للميت والورثة وعند ابى يوسف الحى منهما وان كان يقدر على التصرف لكن الموصى قصد ان يخلفه متصرفان فى حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصى اخر مكان الوصى الميت (وان اوصى) الوصى الذى مات (الى الحى جاز) الايصاء (ويتصرف) الحى (وحده) فى ظاهر الرواية كما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضى الى نصب وصى آخر لان رأى الميت يكون باقيا حكما برأى من يخلفه وروى الحسن عن الامام ان الحى لا ينفرد بالتصرف لان الموصى لم يرض بتصرفه وحده فلا يكون للوصى ان يرضى بما يعلم ان الموصى لم يرضه بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لان المتوفى رضى برأى الاثنين وقد وجد (ووصى الوصى وصى فى التركتين) اى اذا مات الوصى فاوصى الى غيره فهو وصى فى تركته وتركة الميت الاول وقال الشافعى لا يكون وصيا فى تركة الميت الاول لان الميت فوض اليه التصرف ولم يفوض له الايصاء الى غيره فلا يملكه ولانه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره ولنا ان الوصى يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا يرى ان الولاية التى كانت ثابتة للموصى تنتقل الى الوصى ولهذا يقدم على الجد ولو لم تنتقل اليه لما تقدم عليه فاذا انتقلت اليه الولاية ملك الايصاء (وكذا ان اوصى) الوصى الميت (اليه) اى الى آخر (فى احديهما) اى فى احدى التركتين يعنى اذا اوصى الى اخر فى تركته يكون وصيا فيهما عند الامام لان تركة موصيه تركته لان له ولاية التصرف فيهما (خلافا لهما) فانهما قالا يقتصر على تركته لانه نص عليها ثم ان قول المص فى احديهما يفيد عموم الوصية لتركته او تركة موصيه لكن المذكور فى عامة الكتب انه اذا اوصى فى تركته فقط يكون وصيا فيهما ولم يذكر واما اذا اوصى فى تركة موصيه لكن قال المولى المعروف باخى قول المص او مال موصيه يشعر بعدم كونه وصيا فيهما على تقدير ذكر مال الموصى وحده بدون ذكر ماله ولم نجد فيه رواية فى المعتبرات بل الموجود فيها انه اذا جعله وصيا فى مال نفسه فقط او مع مال موصيه او قال جعلته وصيا بغير قيد ففى جميع ذلك يصير وصيا فى المالين ومايشعره فى المتن ليس واحدا منها انتهى (وتصح قسمة الوصى) نيابة (عن الورثة مع الموصى له) سواء كان الورثة غيبا او صغارا اى يجوز للموصى ان يقسم التركة بين الورثة الغيب او الصغار وبين الموصى له بان يأخذ حق الورثة ويسلم الباقى الى الموصى له (فلا يرجعون) اى الورثة (على الموصى له او هلك حظهم فى يد الوصى) لان الهلاك بعد تمام القسمة يكون على من وقع الهلاك فى نصيبه (لا) تصح (مقاسمته) اى الوصى (معهم) اى الورثة نيابة (عن الموصى له) والفرق ان الوصى خليفة الميت والوارث خليفة عن الميت ايضا حتى يرد بالعيب ويرد عليه به فصلح الوصى خصما عن الوارث نيابة عنه لان من كان خليفة لاحد كان خليفة لمن قام مقامه فصار تصرفه كتصرفه اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لان للموصى له ملكا جديدا ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه فلم يصلح الوصى خصما عنه عند غيبته فلم يكن تصرفه كتصرفه اذا كان غائبا فلم تصح القسمة عليه (فيرجع) الموصى له (عليهم) اى على الورثة (بثلث ما بقى او هلك حظه فى يد الوصى) لان القسمة حيث لم تصح لم تنفذ عليه غير ان الوصى لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ فى التركة فيكون له ثلث الباقى لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقى على الشركة (وصحت القسمة (للقاضى لو قاسمهم) نيابة (عنه) اى الموصى له (واخذ قسطه) اى نصيب الموصى له الغائب لان للقاضى ولاية على الغائب فكانت قسمته كقسمة الغائب بنفسه واذا صحت القسمة من القاضى كان له ان يفرز نصيبه ويقبضه فان فعل ذلك وهلك المقبوض فى يده عن الغائب لم يكن للموصى له على الورثة سبيل ولا على القاضى (وفى الوصية بحج لو قاسم الوصى الورثة فضاع عنده) اى الوصى (يؤخذ للحج ثلث ما بقى) فى يد الوصى يعنى اذا اوصى الميت بحج فقاسم له الوصى مع الورثة واخذ المال الموصى به فضاع فى يده احج عن الميت بثلث ما بقى من التركة (وكذا لو دفعه) اى دفع الوصى المال الموصى به (لمن يحج فضاع فى يده) اى المدفوع اليه واللام فى لمن بمعنى الى يؤخذ للحج ثلث ما بقى من التركة لان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقى وهذا عند الامام (وعند ابى يوسف ان بقى من الثلث شئ اخذ والا فلا) لان محل الوصية الثلث

فيجب تنفيذها مابقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها (وعند محمد لا يؤخذ شيء) لان القسمة حق الوصي الا يرى انه لو افرز الموصي نفسه مالا ليحج عنه به فهلك المال بطلت الوصية فكذا اذا افرزه الوصي الذي قام مقامه (ولو باع الوصي من التركة عبدا مع غيبة الغرماء جاز) لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولاه الموصي بنفسه حال حيوته جاز بيعه وان كان مريضا مرض الموت بغير محضر من الغرماء فكذا الوصي لانه قائم مقامه وذلك لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المأذون له في التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لان للغرماء حق الاستسعاء بخلاف ما نحن فيه (وان اوصى ببيع شيء من تركته والتصدق به) على المساكين (فباعه وصيه وقبض ثمنه فضاع في يده واستحق المبيع ضمنه) اي ضمن الوصي الثمن للمشتري لانه عاقد التزم للعهدة بالعقد على نفسه وهذه عهدة لان المشتري منه لم يرض بدفع الثمن ان يسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده (ورجع الوصي به) اي بما ضمن (في التركة) اي تركة الميت لانه عامل للميت في تنفيذ وصيته فيرجع عليه الوكيل وكان الامام يقول لا يرجع لانه ضمن بفعله وهو القبض فلا يرجع على غيره ثم رجع الى ماذكرنا و يرجع في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية لا لتنفيذها فاخذ حكم الوصية ومحلها الثلث وجه الظاهر انه انما يرجع عليه لانه صار مغرورا من جهة الميت فكان الضمان دينا على الميت ومحل قضاء الدين كل التركة بخلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع لانه لا عهدة وفي التزام العهدة على القاضي تعطيل القضاء لنفار الناس عن تقلد القضاء خوفا عن لزوم الضمان وفي تعطيله تعطيل مصالح الناس وامين القاضي سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه كالوكيل فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء لان البيع وقع للميت لا للورثة وصار كسائر الديون التي تكون على الاموات المفاليس (ولو قسم الوصي التركة فاصاب) الوارث (الصغير شيء فقبضه) الوصي (وباعه وقبض ثمنه فضاع واستحق ذلك الشيء) الذي باعه الوصي (رجع) الوصي (في مال الصغير) لانه عامل له (و) رجع (الصغير على بقية الورثة بحصته) لبطلان القسمة باستحقاق ما اصابه (ولا يصح بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن) على صيغة المجهول فيه نائب الفاعل ليتغابن ولا يصح بما لا يتغابن في مثله لان تصرفه مقيد بالنظر في حق الصغير قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ولان النظر في الغبن الفاحش بخلاف الغبن اليسير لان في اعتباره تعطيل مصالحه لعدم امكان التحرز عنه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يصح بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند الامام لان تصرفهم بحكم المالكية اذ الاذن فك الحجر اما الوصي فتصرفه بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يجوز بالغبن الفاحش لان العقد الذي فيه غبن فاحش بمنزلة الهبة من وجه فلا يملكه من لا يملك الهبة (و يصحان) اي بيع الوصي وشراؤه (من نفسه ان كان فيه نفع) للصغير كما اذا باع الوصي متاع اله يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير او اشترى من متاع الصغير ما يساوي عشرة بخمسة عشر لنفسه صح (خلافا لهما) قياسا على الوكيل وللامام ما تلونا من قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن والتصرف المذكور داخل تحت الاستثناء قال الزيلعي اما اذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز على قول محمد واظهر الروايات عن ابي يوسف انه لا يجوز على كل حال هذا في وصي الاب واما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيله وللاب ان يشتري شيئا من مال الصغير لنفسه اذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بان كان بمثل القيمة او بغبن يسير وقال المتأخرون من اصحابنا لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير الا ان يكون على الميت دين او يرغب المشتري بضعف قيمته او يكون للصغير حاجة الى الثمن قال الصدر الشهيد وبه يفتى وزاد في الفوائد الزينية على ما نقل عن الزيلعي ثلاث مسائل نقلا عن الظهيرية احداها اذا كان في التركة وصية مرسلة لا يمكن تنفيذها الا منه وفيما اذا كانت غلاته لا تزيد على مؤنته وفيما اذا كان حانوتا او دارا يخشى عليه النقصان انتهى وزاد في الخانية اخرى وهي اذا كان العقار في يد متغلب وخاف الوصي عليه فله بيعه انتهى (وله) اي للوصي (دفع المال) اي مال الصغير (مضاربة وشركة و بضاعة) لانه قائم مقام الاب وللاب هذه التصرفات فكذا للوصي (وله قبول الحوالة على الاملاء) من الملاءة وهي القدرة على الاداء والمفضل عليه المحيل المديون (لا على الاعسر) من المحيل المديون لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهو ان يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين اذا مات الثاني مفلسا ولا يرى الرجوع على الاول بخلاف ما اذا كان المحتال عليه املأ واقدر على اداء الدين من المديون الاول فانه لا يجوز لكونه خيرا لليتيم وان لم يكن خيرا لليتيم بان كان الثاني افلس من الاول لا يجوز بقي انه اذا كان الثاني مثل الاول يسارا واعسارا هل يجوز ام لا اختلف فيه المشايخ قال بعضهم يجوز وقال بعضهم لا يجوز (ولا يجوز له) اي للوصي

(ولا للاب الاقراض) لانه ليس فيه منفعة دنيوية لليتيم ويحتمل التوى فكان الاحتياط في عدم الجواز (ويجوز للاب الاقتراض) اي اخذ القرض من مال الصغير (لا للوصي) والفرق بينهما ان للاب ان يأخذ من مال الصبي بقدر حاجته ولا كذلك للوصي (ولا يتجر) الوصي (في مال الصغير) لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة (ويجوز بيعه) اي بيع الوصي (على الكبير الغائب) اذا كان المبيع (غير العقار) لان الاب يلي بيع ما سوى العقار ولا يليه فكذا وصيه لانه يقوم مقامه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا ولا الاب كما لا يملكه على الكبير الحاضر الا انه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه ايسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع ولو كان عليه دين باع العقار ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن مستغرقا باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة الى اكثر من ذلك وعند الامام جاز له بيع كله لانه تعين حفظا كالمنقول والاصح انه لا يملك لانه نادر كما في التبيين (ووصي الاب احق بمال الصغير من جده) لان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولاية الاب قائمة معنى فيقدم على الجد كالاب نفسه وعند الشافعي الجد احق به حيث اقامه الشرع مقام الاب عند عدمه (فان لم يوص الاب فالجد كالاب) اي ان لم يوص الاب الى احد فالجد احق لانه اشفق من الغير لقيامه مقام الاب في الارث حتى يملك الانكاح دون الوصي اما وصي الاب فانه مقدم عليه كما سبق بيانه * فصل (* وفي النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية اخر ذكرها لعدم عراقتها فيه شهد الوصيان ان الميت اوصى الى زيد معهما لا تقبل) شهادتهما لانهما يجران نفعا لانفسهما باثبات المعين لهما فبطلت للتهمة فاذا بطلت ضم القاضي اليهما ثالثا لان في ضمن شهادتهما اقرارا منهما بان الموصي ضم اليهما ثالثا واقرارهما حجة عليهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات احد الاوصياء الثلاث فللقاضي ان يضم ثالثا فكذا هنا (الا ان يدعيه زيد) اي يدعي زيد انه وصي معهما فحينئذ تقبل شهادتهما وهذا استحسان والقياس ان لا تقبل كالاول وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء فيما اذا مات ولم يترك وصيا وله ولاية ضم اخر اليهما فكان هذا مثله في ضم مدعي الوصاية (وكذا) لا تقبل (لو شهد ابنا الميت) ان اباهما اوصى الى زيد وهو ينكر ذلك لجرهما بشهادتهما نفعا وهو ان يكون معينا لهما حافظا للتركة فكانا متهمين وشهادة المتهم غير مقبولة ولو ادعى المشهود له الوصاية تقبل استحسانا ووجهه ما ذكر في المسئلة الاولى (ولغت) اي بطلت (شهادة الوصيين بمال للصغير) يعني لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال له على اخر فلا تقبل شهادتهما سواء كان ذلك المال منتقلا اليه من الميت او من غيره للتهمة في شهادتهما (وكذا) تلغو شهادتهما (للكبير في مال) انتقل اليه (من الميت) للتهمة في شهادتهما لانهما يثبتان لانفسهما ولاية الحفظ عند غيبة الكبير وبيع العقار فتبطل شهادتهما (وصحت) شهادتهما (له) اي للكبير وحده (في غيره) اي في غير مال انتقل اليه من الميت لانه لا ولاية لهما في ذلك المال لان الميت انما اقامهما مقامه في تركته لا في غيرها هذا عند الامام (وعندهما تصح شهادتهما (للكبير في الوجهين) اي في مال انتقل اليه سواء كان من الميت او غيره لانه لا تصرف لهما في حضرة الكبير فعريت شهادتهما عن التهمة وللامام ما بيناه آنفا من التهمة عند غيبة الكبير فكفت هذه التهمة لرد شهادتهما (وشهادة الوصي على الميت جائزة) لانتفاء التهمة في هذه الشهادة فتجوز عليه (لا له) اي للميت لما بينا من تحقق التهمة باثباته لنفسه التصرف (ولو) كانت تلك الشهادة (بعد العزل) من الوصاية (وان لم يخاصم) اي وان لم يكن الوصي خصما في هذه الصورة بان عزله القاضي ونصب غيره خصما في هذه الدعوى لاحتمال التهمة بان يكون جر لنفسه مغنما زمان وصايته فيشهد خوفا من زواله (ولو شهد رجلان لاخرين بدين الف) يجوز ان يكون الالف مضافا اليه وان يكون بدلا من دين اذا قرئ منكرا او على وجه الاضافة فهي بيانية (على ميت و) شهد (الاخران لهما) اي للشاهدين الاولين (بمثله) اي بمثل ذلك الدين وهو الف (صحتا) اي الشهادتان من الطرفين عندهما (خلافا لابي يوسف) فانها لا تصح شهادة واحد منهما للتهمة لكون الشهادة من كل منهما مثبتة حق الشركة في ذلك المال الذي اثبتاه على الميت ولهما ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما لا يشاركه الاخر وروى الحسن عن الامام انهم اذا جاؤا معا وشهدوا فالشهادة باطلة واما اذا شهد اثنان لاثنين فقبلت شهادتهما ثم بعد ذلك ادعى ذلك الشاهدان دينا آخر على الميت فشهد لهما الغريمان الاولان تقبل ووجه هذه الرواية انهما اذا جاؤا معا كان شهادة كل فريق معاوضة للفريق الاخر فتحققت التهمة بخلاف ما اذا كانت دعوى الفريق الاخر في وقت اخر فانه حيث ثبت الحق للفريق الاول بلا تهمة والثاني لا يزاحمه فصار كالاول في انتفاء التهمة

(ولو شهد كل فريق للاخر بوصية الف لا تصح) الشهادة من كل منهما لما بينا من التهمة في شهادة الالف الدين (ولو شهد احد الفريقين للاخر بوصية جارية والاخرله) اى لذلك الفريق (بوصية عبد صحت) شهادة كل من الفريقين بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة كذا قالوا لكن احتمال المعاوضة في الشهادة باق كما في صورة الشهادة بالدين او الوصية بالالف تأمل (وان شهد) الفريق (الاخرله) اى للفريق الاول (بوصية ثلث لا تصح) يعني اذا شهد الفريق الاول بوصية عبد للفريق الاخر وشهد الفريق الاخر بوصية ثلث لا تصح شهادة كل واحد من الفريقين لما ان الشهادة في الصورة الاخرى ايضا اثبت المشاركة بين الفريقين بخلاف وصية العبد والجارية والله اعلم

) كتاب الخنثى (وهو على وزن فعلى بالضم اورده عقيب الوصايا لان المسائل المتعلقة بالوصية من احوال من هو ناقص القوة لاشرافه على الموت وهذه المسائل من احوال من هو ناقص الخلقة (هو) الخنثى من الخنث بالفتح والسكون وهو اللين والتكسر والفها للتأنيث ولذا لا يلحقها الف ولا نون وكان القياس ان يوصف بالمؤنث ويؤنث الضمير الراجع كما هو المذكور في كلام الفصحاء الا ان الفقهاء نظروا الى عدم تحقق التأنيث في ذاته فلم يلحقوا علامة التأنيث في وصفه وتذكيره تغليبا للذكورة وفي القهستاني وانما لم يؤنث لانه غير معلوم عندنا فذكر نظرا الى الاصل كالجزء والشكل (من له ذكر وفرج) اى ماله آلة الرجال وآلة النساء ويلحق به من عرى عن الالتين جميعا وفي القهستاني خلافه لانه قال وفيما ذكره اشعار بان من لم يكن له شئ منهما وخرج بوله من سرته ليس بخنثى ولذا قال الامام وابو يوسف انا لا ندرى اسمه وقال محمد انه في حكم الانثى (فان بال من احدهما اعتبر به) اى ان بال من ذكره فذكر وان بال من فرجه فانثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول ولان البول من اى عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والاخر بمنزلة العيب (وان بال منهما) اى من الذكر والفرج (اعتبر الاسبق) لانه يدل سبق خروجه على انه المبال الاصلي (وان استويا) في الخروج (فهو مشكل) اى غير محكوم عليه بكونه ذكرا او انثى عند الامام وقال لا علم لى به وهذا من جملة ما توقف فيه من كمال ورعه (ولا اعتبار بالكثرة) اى كثرة البول في كونه ذكرا او انثى عنده (خلافا لهما) فانهما قالا ينسب الى اكثرهما لانه علامة قوة ذلك العضو ولكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وبه قالت الائمة الثلاثة وله ان كثرة الخروج لا تدل على القوة لانه قد تكون لاتساع في احدهما وضيق في الاخر (فاذا بلغ) الخنثى بالسن (فان ظهر بعض علامات الرجال من نبات اللحية او قدرة على الجماع او احتلام) كالرجل او كان له ثدى مستو (فرجل) اى فحكمه حكم الرجال (فان ظهر بعض علامات النساء من حيض وحبل وانكسار ثدى ونزول لبن فيه وتمكين من الوطئ فامرأة) اى فحكمه حكم النساء (وان لم يظهر شئ) من علامات الذكورة ولا من علامات الانوثة (او تعارضت) هذه المعالم مثل ما اذا حاض وخرجت له لحية او يأتى ويؤتى (فمشكل) اى فهو خنثى مشكل لعدم المرجح وعن الحسن يعد اضلاعه فان ضلع الرجل يزيد على ضلع المرأة بواحد (قال محمد الاشكال قبل البلوغ فاذا بلغ فلا اشكال) وفي المبسوط اذا بلغ صاحب الالتين لابد ان يزول الاشكال لانه اذا جامع بذكره او نبت له لحية او احتلم كاحتلام الرجال فهو رجل وان نبت له ثدى كثدى المرأة او رأى حيضا او جومع كما يجامعن او ظهر به حبل او نزل في ثديه لبن فهي امرأة كما مر في المتن (واذا ثبت الاشكال اخذ فيه) اى في الخنثى المشكل (بالاحوط فيصلى بقناع) لاحتمال كونه امرأة حتى لو صلى بغير قناع يستحب ان يعيدها اذا كان حرا وكذلك يستحب ان يجلس في صلاته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن (ويقف بين صفى الرجال والنساء فيقدم على النساء لاحتمال كونه رجلا فلو وقف في صفهم) اى في صف الرجال فصلوته تامة لكن (يعيد) صلاته (من لاصقه من جانبيه ومن بحذائه من خلفه) لاحتمال انه امرأة فتفسد صلاتهم وهذا اذا نوى الامام امامة النساء فان لم ينو الامام الامامة فلا حاجة الى ان يعيد هؤلاء صلاتهم بل يعيد هو احتياطا (وان وقف في صفهن) اى صف النساء (اعاد) صلوته (هو) اى الخنثى (فقط) لاحتمال انه رجل فتجب الاعادة احتياطا (ولا يلبس) الخنثى (حريرا ولا حليا) لاحتمال كونه ذكرا والترجيح للحظر فيما يتردد بينه وبين الاباحة (ويلبس المخيط في احرامه ولا يكشف نفسه عند رجل) لانه لو كان مراهقة لم ينظر الى ما سوى الوجه والكف منه ولو كان مراهقا لم ينظر الى ما تحت سرته الى ركبتيه (ولا عند امرأة) لانها لا تنظر الى ما تحت السرة الى الركبة مراهقا كان او مراهقة كما في القهستاني (ولا يخلو به) اى بالبالغ وما في حكمه (غير محرم من رجل او امرأة) تحرزا عن احتمال الحرام (ولا يسافر بلا محرم) من الرجال ولا مع امرأة من محارمه لاحتمال انه امرأة فيكون سفر امرأتين بلا محرم وهو غير جائز (ولا يختنه رجل ولا امرأة) تحرزا عن النظر الى الفرج لاحتمال انه رجل وامرأة ولكن قد تقدم انه يجوز للطبيب والجراح

النظر الى موضع النظر للضرورة والظاهر ان النظر الى موضع الختان من هذا القبيل كما في البرجندى لكن النظر ليس بمحله لان الختان عندنا سنة تدبر وهذا اذا كان مراهقا والا فللرجل ان يختن (بل تبتاع له امة) عالمة بالختن (تختنه من ماله ان كان له) اى للخنثى مال لانه يجوز لمملوكته النظر اليه رجلا او امرأة في حال العذر (والا) اى وان لم يكن له مال (ففي بيت المال) يقترض ثمنها ويشتريها لانه اعد لنوائب المسلمين وهذا اذا كان ابوه معسرا والا ففي مال ابيه (ثم) اى (بعد الختن تباع) الامة وجوبا ويرد ثمنها الى بيت المال لوقوع الاستغناء عنها وفيه اشعار بانه لا يتزوج عالمة بختنه على ما قال شيخ الاسلام وذهب الحلوانى الى انه يتزوجها لانه ان كان امرأة ينظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو والا فكنظر المنكوحة الى الناكح (فان مات قبل ظهور حاله من الذكورة والانوثة (لا يغسل) للاحتمالين (بل ييمم) لانه لا يمس شئ فيه الا الوجه واليد بخلاف الغسل وفيه اشعار بان لا تشترى لاجل الغسل امة لانها اجنبية بعد الموت ولا حاجة الى خرقة على اليد عند التيمم لكن في القهستاني هذا اذا كان المتيمم محرما والا فقد ييمم بالخرقة (ويكفن في خمسة اثواب) كما تكفن المرأة فهو احب لاحتمال انه انثى (ولا يحضر بعد ما راهق غسل رجل ولا امرأة) لاحتمال الحالين (وندب تسجية قبره) اى ستره بثوب عند الدفن لاحتمال انه انثى وستر قبرها واجب (ويوضع الرجل) اى جنازته لانه ذكر يقين (مما يلى الامام ثم هو) اى الخنثى بقرب الرجل مما يلى القبلة (ثم) توضع (المرأة) بقرب الخنثى ليبعد عن النظر ان صلى عليهم جملة رعاية لحق الترتيب وفيه اشعار بان الافضل عند اجتماع الجنائز ان يصلى على كل منفردا لانه ابعد عن الخلاف (وله) اى للخنثى المشكل (اخس النصيبين من الميراث عند الامام) واصحابه وعليه الفتوى كما في السراجية وفي الكفاية ان محمدا مع الامام وفي النظم ان ابا يوسف معهما في ظاهر الاصول اى الاقل من نصيب الذكر ومن نصيب الانثى فانه ينظر نصيبه على انه انثى ذكر وعلى انه انثى فيعطى الاقل منهما وان كان محروما على احد التقديرين فلا شئ له ثم فرعه وقال (فلو مات ابوه عنه) اى الخنثى (وعن ابن فللابن سهمان وله سهم) عنده لان الاقل متيقن وفيما زاد عليه شك والمال لا يجب بالشك ولو تركه وبنتا فالمال بينهما نصفان فرضا وردا وفي القهستاني وذا في صورتين الاولى ما يفرض فيه الخنثى انثى كما ذكره المص والثانية ما يفرض فيه ذكرا وهذا مشتمل على صورتين احديهما ما يكون فيه الخنثى محروما كما اذا تركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب فانه ان كان اختا فله سهم هو السدس تكملة للثلثين ولكل من الزوج والاخت نصف فتعول المسئلة من ستة الى سبعة وان كان اخا فمحروم لانه عصبة لم يبق له شئ بعد فرضهما وهو النصفان ولا ريب انه اخس الحالين فيفرض كونه ذكرا والثانية ما يكون غير محروم كما اذا تركت زوجها واما وخنثى لاب وام فان كان الخنثى اختا لاب وام فله نصف كالزوج وللام ثلث فتعول المسئله من ستة الى ثمانية وان كان اخا فله سهم وللزوج نصف وللام ثلث ولا يخفى انه اخس الحالين لان السهم الواحد من ستة اقل من ثلاثة اسهم من ثمانية فيفرض كونه ذكرا ايضا (و) فيما اذا ترك الخنثى اباه وابنا (عند الشعبي له نصف النصفين وهو ثلاثة من سبعة عند ابى يوسف) تخريجا ومذهبا وذلك ان للابن عند الانفراد كل الميراث وللبنت نصفه فكان نصف الكل اثنين ونصف النصف واحد والمجموع ثلاثة ارباع فان المخرج اربعة تعول الى سبعة فيجعل للخنثى ثلاثة وللابن اربعة والمجموع يكون سبعة وخمسة من اثنى عشر عند محمد تخريجا وذلك ان كان ذكرا كان المال بينهما نصفين (ولو كان انثى كان المال بينهما اثلاثا فيكون له نصف النصف) اى الربع (ونصف الثلث) اى السدس والباقى للابن فيحتاج الى عدد له ربع وسدس واقل ذلك اثنى عشر وربعه ثلاثة وسدسه اثنان والمجموع خمسة فهي للخنثى والباقى اى سبعة للابن والتفاضل بين التفسيرين في هذه الصورة انما هو بثلث ربع السبع كما لا يخفى على المحاسب (ولو قال سيده كل عبد لى حر او كل امة لى حرة لا يعتق ما لم يستبن) لان الحنث لا يثبت بالشك ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلده غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى (ولو قال بعد تقرر اشكاله انا ذكر او انثى لا يقبل) قوله على الصحيح لانه دعوى يخالف قضية الدليل (وقبله) اى قبل اشكاله (يقبل) لان الانسان امين في حق نفسه والقول قول الامين ما لم يعرف خلاف ما قال

) مسائل شتى (قد ذكرنا قبل هذا ذكر مسائل شتى او مسائل منشورة او مسائل متفرقة من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر بحق ذكره فيه خصوصا اذا انتهى الكتاب (كتابة الاخرس) مبتدأ خبره الاتى كالبيان (وايماؤه بما يعرف) متعلق بقوله وايماؤه به (اقراره يجوز وج) متعلق بالكتابة والايماء على طريقة التنازع وكذا ما عطف عليه بقوله (وطلاق وبيع وشراء ووصية وقود) وجب (عليه اوله كالبيان) اذا كان ايماء الاخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان يلزمه الاحكام المذكورة بالاشارة لان الاشارة تكون بيانا من القادر فاطنك من العاجز وفي الهداية واذا قرئ على الاخرس كتاب وصية فقيل له نشهد عليك

بما فى هذا الكتاب فاومى برأسه اى نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز قال الشراح وانما قيد بقوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار لان ما يجئ من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل ان يحرك رأسه عرضا والثانى ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار بان يحرك رأسه طولا اذا كان معهودا منه فى نعم انتهى وفيه كلام لانه لما فسر الايماء برأسه فى تقرير المسئلة بقوله نعم تعين ان وضعها فيما جاء منه دلالة الاقرار فلم يبق حاجة فى تقرير جوابها الى قوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار بل كان يكفى قوله فهو جائز كما قال بعض الفضلاء لكن لا يخفى ان هذا الكلام لا ورود له لان شان الشارحين ان يطابقوا بكلامهم كلام المصنفين على وجه الايضاح فان من لم يتفطن لكلامهم قال ما قال (ولا يحد) الاخرس (لقذف ولا غيره) كالزنا وشرب الخمر اى لا يكون كتابة الاخرس وايماؤه بالقذف ولا كتابته وايماؤه بالاقرار بالزنا او شرب الخمر كالبيان حتى يحد لان الحدود تندرئ بالشبهات وفى كتابته وايمائه شبهة وكذا لا يحد له اذا كان مقذوفا لبقاء احتمال كونه مصدقا للقاذف كما مر فى الحدود (ومعتقل اللسان) اى الذى احتبس لسانه بحيث لا يقدر على النطق (ان امتد به ذلك) الاعتقال الى سنة فى رواية وقيل قدر الامتداد الى اوان الموت اذ روى عن الامام انه قال اذا دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة والاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله قالوا وعليه الفتوى ذكره الامام المحبوبى (وعلمت اشارته) اى المعتقل (فهو كالاخرس والا) اى وان لم يمتد ولم تعلم اشارته (فلا) يكون كالاخرس حكما هذا عندنا لان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة وذلك فى الاخرس دون المعتقل ولان الضرورة فى الاصلى لازمة وفى العارضى على شرف الزوال الا اذا عهدت الاشارة بالامتداد فح يكون بمنزلة الاخرس وعند الشافعى حكم المعتقل كحكم الاخرس فى الامتداد وعدمه لان المجوز هو العجز ولا فرق بين الاصلى والعارضى ولا بين القديم والحادث (والكتابة من الغائب ليست بحجة) لانه قادر على الحضور فلا يكون فى كونها حجة ضرورة بخلاف الاخرس لكن (قالوا الكتابة على ثلاثة) اوجه (اما مستبين مرسوم) اى معنون مصدر مثل ان يكتب فى اوله من فلان الى فلان او يكتب الى فلان وفى اخره من فلان على ما جرت به العادة (وهو) اى هذا المذكور من الكتابة (كالنطق فى الغائب والحاضر) على ما قالوا فيلزم حجة وفى زماننا الختم شرط لكونه معتادا او كذا الكتب على كاغد حيث يشترط بناء على العرف المعروف حتى لو كتب على الغير يكون غير مرسوم فلهذا قال (واما مستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدر واوراق الشجر وينوى فيه) فليس بحجة الا بالنية والبيان لانه بمنزلة الكناية من الصريح فلا يصلح حجة (واما غير مستبين كالكتابة على الهواء والماء) وهو بمنزلة كلام غير مسموع (ولا عبرة به) فلا يثبت به الحكم وان نوى واما الاشارة فهو حجة من الاخرس فى حق هذه الاحكام للضرورة لانها من حقوق العباد ولا تختص هذه التصرفات بلفظ خاص بل تثبت بالفاظ كثيرة وتثبت بفعل يدل على القول فكذا يجب ان تثبت باشارته لحاجته الى ذلك والغالب فى القصاص حق العبد والحدود حق الله تعالى وهى تسقط بالشبهات (واذا اختلطت الذكية بميتة اقل منها) اى من الذكية (تحرى واكل) فى حالة الاختيار (والا) اى وان لم تكن الميتة اقل منها بل مساوية او اكثر (فلا تؤكل حالة الاختيار) ولكن (يتحرى) فى اكلها (عند الاضطرار) وفى الهداية فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانتا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار واما فى حالة الضرورة يحل له التناول فى جميع ذلك لان الميتة المتيقنة يحل فى حالة الضرورة فالذى يحتمل ان يكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية فى الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعى لا يجوز الاكل فى حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحرى دليل ضرورى فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحال حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة فى افادة الاباحة الا يرى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يحل التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانتا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة (واذا احرق رأس الشاة الملطخ بدم وزال دمه فاتخذ منه مرقة جاز) استعمالها (والحرق كالغسل) لان النار تأكل ما فيه من النجاسة حتى لا يبقى فيه شئ او يحيله فيصير الدم رمادا فيطهر بالاستحالة قالوا اذا تنجس التنور يطهر بالنار حتى لا يتنجس الخبز (ولو جعل السلطان الخراج لرب الارض جاز بخلاف العشر) هذا عند ابى يوسف وعند الطرفين لا يجوز فيهما لانهما فئ لجماعة المسلمين وله ان صاحب الخراج له حق فى الخراج فصح تركه عليه وهو صلة من الامام والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة ولا يجوز تركه عليه وعلى قول ابى يوسف الفتوى كما فى التبيين وغيره واذا ترك الامام خراج ارض رجل او كرمه او بستانه ولم يكن اهلا لصرف الخراج اليه عند ابى يوسف يحل له وهو الفتوى وعند محمد لا يحل له وعليه

ان يرده الى بيت المال او الى من هو اهل لذلك وان لم يفعل اثم ولو ترك العشر لا يجوز بالاجماع (ولو دفع) الامام (الاراضى المملوكة الى قوم) اى عجز اصحاب الخراج عن زراعة الارض واداء الخراج ودفع الامام الاراضى الى غير اصحابها (بالاجرة) اى يواجرها من القادرين على الزراعة ويأخذ الخراج من اجرتها (ليعطوا الخراج) لمستحقه (جاز) ذلك من الامام لما فيه من المصلحة فان فضل شئ من اجرتها يدفعه الى اصحابها وهم الملاك لانه لا وجه الى ازالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة ولا وجه الى تعطيل حق المقاتلة فتعين ما ذكرنا فان لم يجد الامام من يستأجرها باعها الامام لمن يقدر على الزراعة ولو لم يبعها يفوت حق المقاتلة فى الخراج اصلا ولو باع يفوت حق المالك فى العين والفوات الى خلف كلا فوات فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين وليس له ان يملكها غيرهم بغير عوض ثم اذا باعها يأخذ الخراج الماضى من الثمن ان كان عليهم خراج ويرد الفضل الى اصحابها قيل هذا قولهما لان عندهما القاضى يملك بيع مال المديون بالدين والنفقة واما عند الامام فلا يملك ذلك فلا يبيعها لكن يأمر ملاكها ببيعها وقيل هذا قول الكل والفرق للامام بين هذا وبين غيره من الديون ان فى هذا الزام ضرر خاص لنفع عام ولازالة الضرر عن الامام وذلك جائز عنده ولان الخراج حق متعلق برقبة الارض فصار كدين العبد المأذون له ودين الميت فى التركة فان القاضى يملك البيع فيهما لتعلق الحق بالرقبة كما فى التبيين (ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين عن اى يوم صح) اى لو كان عليه قضاء صوم يوم او اكثر من رمضان واحد فقضاه ناويا عن قضاء رمضان ولم يعين انه عن يوم كذا جاز وكذا لو صام ونوى عن يومين جاز عن يوم واحد (ولو عن رمضانين فلا) يصح (فى الاصح) ما لم يعين انه صائم عن رمضان سنة كذا كما فى التبيين (وكذا) لا يصح (فى قضاء الصلاة) لو نوى ظهرا عليه مثلا ولم ينو اول ظهر او اخر ظهر او ظهر يوم كذا ولو نوى اول ظهر او اخر ظهر عليه جاز لان الصلاة تعينت بتعينه وكذا الوقت معين بكونه اولا او اخرا فاذا نوى اول صلاة عليه وصلى مما يليه يصير اولا ايضا فيدخل فى نية اول ظهر عليه ثانيا وكذا ثالثا الى ما لا يتناهى وكذا الاخر وهذا مخلص من لم يعرف الاوقات التى فاتته او اشتبهت عليه او اراد التسهيل على نفسه (وقيل يصح) نية عن رمضانين ونيته ظهرا عليه مثلا (فيهما) اى فى قضاء الصوم وقضاء الصلاة (ايضا) اى لو نوى قضاء رمضان ولم يعين اى يوم وهذا قول بعض المشايخ لكن الاول اصح (ولو ابتلع الصائم بزاق غيره فان كان حبيبه لزمته الكفارة والا) اى وان لم يكن حبيبه (فلا) يلزمه الكفارة ويجب القضاء كما بيناه فى موضعه (وقتل بعض الحاج عذر فى ترك الحج) لان امن الطريق شرط الوجوب او شرط الاداء على ما بين فى موضعه ولا يحصل ذلك مع قتل البعض فى طريق الحج فكان معذورا فى ترك الحج فلا يأثم بتركه (ومن قال لامرأة عند شاهدين توزن من شدى) يعنى انت هل صرت زوجة لى (فقالت المرأة شدم) اى صرت (لا ينعقد النكاح بينهما ما لم يقل قبول كردم) لان قولها شدم ايجاب فما لم يوجد القبول لا ينعقد وقوله ابتداء توزن من شدى وارد فيه على سبيل الاستفهام والمشاورة (ولو قال لها) اى لامرأة عند شاهدين (خويشتن رازن من كردانيدى) معناه هل جعلت نفسك لى زوجة (فقالت المرأة كردانيدم) اى جعلت (فقال) الرجل (پذيرفتم) يعنى قبلت (ينعقد) النكاح بينهما لان قولها كردانيدم ايجاب وقوله پذيرفتم قبول (ولو قال لرجل دختر خويشتن راپسر من ارزانى داشتى) معناه هل جعلت بنتك لايقة لابنى (فقال داشتم) يعنى جعلت (لا ينعقد) ما لم يقل قبول كردم لان هذا اللفظ لا ينبئ عن التمليك (ولو منعت المرأة زوجها من الدخول عليها) اى المرأة (وهو) اى والحال ان الزوج (يسكن معها فى بيتها) اى فى بيت المرأة (كانت المرأة ناشزة) لانها احبست نفسها منه بغير حق فلا تجب النفقة لها ما دامت على منعه فيتحقق النشوز منها فصار كحبسها نفسها فى منزل غيرها هذا اذا منعته ومرادها السكنى فى منزلها (ولو سكن فى بيت الغصب فامتنعت منه فلا) تكون ناشزة لانها محقة اذ السكنى فيه حرام وكذا لا تكون ناشزة او كان المنع لينقلها الى منزل الزوج وكذا اذا كانت ساكنة معه فى منزله ولم تمكنه من الوطئ لانه يمكن الوطئ كرها غالبا فلا يعد منعا (ولو قالت لا اسكن مع امتك واريد) نفس المتكلم وحدة (بيتا على حدة فليس لها ذلك) لانه لا بد له ممن يخدمه فلا يمكن منعه من ذلك (ولو قالت المرأة) (مرا طلاق ده فقال) الزوج (داده كير او كرده كير او داده باد او كرده باد) معناه اعطنى طلاقا فقال افرضى وقدرى انه قد اعطى اوانه قد فعل اوانه كان اعطى اوانه كان قد فعل لان قوله كير معناه الاصلى امسك لكن معناه هنا افرضى وقدرى (ان نوى) الطلاق (يقع والا) اى وان لم ينو (فلا) يقع لاحتمال الوعد والايقاع فيحتاج الى نية الايقاع (ولو قال) الزوج (داده است) فى جواب قولها مرا طلاق ده (او كرده است يقع) الطلاق (وان) وصلية (لم ينو) لانه لا يحتمل غير الايقاع فلا يحتاج الى النية (ولو قال داده انكار وكرده انكار لا يقع) الطلاق (وان) وصلية (نوى) الوقوع والفرق بينهما ان فى الاول اخبار عن الوقوع فيقع مطلقا وفى الثانية ليس باخبار لان معنى قوله داده انكار افرضى انه وقع او احسبى فلا يقع به شئ (ولو قال وى مرا نشايد تا قيامت

يعنى هى لاتليق لى الى يوم القيمة (اوهمه عمر) اى هى لاتليق فى جميع عمرى اومدة عمرى (لايقع) الطلاق (الابالنية) لانه من الكنايات (ولو قال لها حيلهٔ زنان كن فهو اقرار بالطلاق الثلاث) لان معنى كلامه افعلى حيلة النساء ومقصودهم بهذا احفظى عدتك اوعدى ايام عدتك فان هذا عندهم كناية عن وقوع الطلاق الثلاث لان المرأة لاتشتغل بامور العدة الابعد تيقن وقوع الثلاث (ولوقال حيلهٔ خويشتن كن فلا) يكون اقرارا بالطلاق الثلاث لان هذاليس بكناية عن الطلاق عندهم وفى التنوير قال ان كان الله يعذب المشركين فامرأته طالق قالوا لاتطلق امرأته لان من المشركين من لايعذب وتمامه فى شرحه فلطالع (ولوقالت) امرأة (له) اى للزوج (كابين ترابخشيدم) معناه وهبت لك المهر (مراجنك بازدار) معناه خلصنا من تزاعك (فان طلقها) اى الزوج المرأة (سقط المهر والا) اى وان لم يطلقها (فلا) يسقط المهر للتعليق (ولوقال لعبده يامالكى اولامته اناعبدك لايعتق) اى لايقع العتق فى العبد ولافى الامة لانه ليس بصريح العتق ولا كناية له فلا يكون فيه شئ ممايقتضى العتق بخلاف قوله لعبده يامولاى لان حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء وذلك بالعتق فيعتق (ولودعى الى فعل فقال) المدعو (برمن سوكنداست) يعنى على اليمين (كداين كار) يعنى هذا الفعل (نكنم) اى لاافعل (فهو اقرار باليمين بالله تعالى) لااليمين بغيره تعالى كالطلاق ونحوه حملا على المشروع وهواليمين بالله تعالى (وان قال برمن سوكنداست بطلاق) معناه على اليمين بالطلاق (فاقرار بالحلف بالطلاق) للتصريح به حتى اذافعله تطلق امرأته (وان قال قلت ذلك كذبا لايصدق) احتياطا فى باب اليمين (وكذا) يكون اقرارا بالحلف بالطلاق (لوقال مراسوكند خانه است كداين كارنكنم) معناه اناحالف بيمين البيت ان لاافعل هذالفعل فهواقرار بالطلاق اعتبارا بالعرف (ولو قال المشترى للبايع بعدالبيع بها بازده) معناه رد الثمن (فقال البايع بدهم) اى ارد (يكون فسخا للبيع) لان قول المشترى بهابازده يتضمن قوله فسخت البيع وقول البايع بدهم يتضمن قوله قبلت الفسخ فكان فسخا من الجانبين (العقار المتنازع) فيه (لايخرج من يد ذى اليد مالم يبرهن المدعى) على انه فى يده اى اذا ادعى عقارا لايكتفى بذكر المدعى انه فى يد المدعى عليه وبتصديق المدعى عليه فى ذلك بل لابد من اقامة البينة انه فى يد المدعى عليه حتى يصح دعواه اوعلم القاضى فى الصحيح كما مر فى الدعوى لان يد المدعى عليه لابد منه لتصح الدعوى عليه اذ هو شرط فيها ويحتمل ان يكون فى يد غيره فباقامة البينة تنتفى تهمة المواضعة فامكن القضاء عليه باخراجه من يده لتحقق يده بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلايحتاج الى اثباتها بالبينة كما فى التبيين وفى البزازية هذا اذا ادعاه ملكا مطلقا اما اذا ادعى الشراء من ذى اليد واقراره بانه فى يده فانكر الشراء واقر بكونه فى يده لايحتاج الى اقامة البينة على كونه فى يده (ولايصح قضاء القاضى فى عقار ليس فى ولايته) لكن فى التنوير عقار لافى ولاية القاضى يصح قضاؤه فيه وقال فى شرحه وانما عدلنا عما اعتمده المنلا فى البزازية والخلاصة من ان الصحيح ان قضاء القاضى فى المحدود يصح وان لم يكن المحدود فى ولايته انتهى وفى تبيين الكنز علل عدم صحة القضاء بقوله لانه لاولاية له فى ذلك المكان قال وقد اختلف المشايخ فيه هل يعتبر المكان اوالاهل فقيل يعتبر المكان وقيل يعتبر الاهل حتى لاينفذ قضاؤه فى غير ذلك المكان على قول من يعتبر المكان ولافى غير ذلك الاهل على من يعتبر الاهل وان خرج القاضى مع الخليفة من المصر قضى وان خرج وحده لم يجز قضاؤه فهذا ينبغى ان يكون على قول من اعتبر المكان لان القضاء من اعلام الدين فيكون المصر شرطا فيه كالجمعة والعيدين وعن ابى يوسف ان المصر ليس بشرط فيه واليه اشار محمد ايضا انتهى وفى البزازية ان ما اشار اليه محمد هو رواية النوادر وبه يفتى (واذا قضى القاضى فى حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائى او بدالى) اى ظهر لى (غير ذلك القضاء (اووقفت فى تلبيس الشهود اوابطلت حكمى ونحو ذلك لايعتبر) قوله (والقضاء ماض ان كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة) لان رأيه الاول قد ترجح بالقضاء فلاينقض باجتهاد مثله ولايملك الرجوع عنه ولاابطاله لانه تعلق به حق الغير وهو المدعى الاترى ان الشاهد لما اتصل بشهادته القضاء لايصح رجوعه ولايملك ابطالها المادر فى موضعه فكذا القاضى وقال الشعبى كان رسول الله عليه السلام يقضى بالقضاء ثم ينزل القرأن بعد الذى قضى بخلافه فلايرد قضاءه فيستأنف وفى المحيط وهذا يدل على ان القاضى اذا قضى بالاجتهاد فى حادثة لانص فيها ثم تحول عن رأيه فانه يقضى فى المستقبل بما هو احسن عنده ولاينقض مامضى من قضائه لان حدوث الاجتهاد والرأى دون نزول القرأن والنبى عليه السلام لم ينقض القضاء الذى قضى بالرأى بالقرأن الذى نزل بعده فهذا اولى بخلاف ما اذا قضى باجتهاده فى حادثة ثم تبين نص بخلافه فانه ينقض ذلك القضاء ورسول الله عليه السلام قضى باجتهاده ونزل القرأن بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاءه الاول والفرق ان القاضى حال ماقضى

باجتهاده

باجتهاده فالنص الذى هو مخالف لاجتهاده كان موجودا منزلا الا انه خفى عليه وكان الاجتهاد فى محل النص فلايصح والنبى صلى الله عليه وسلم حال ماقضى باجتهاده كان الاجتهاد فى محل لانص فيه فيصح وصار ذلك شريعة له فاذا نزل القرأن بخلافه صار ناسخا لذلك الشريعة كما فى التبيين وظاهره ان وقوع القضاء بالبينة لابد منه فى عدم صحة رجوع القاضى عنه وقيده فى الخلاصة بذلك وقال ابن وهبان ويفهم من التقييد انه كان اذا قضى بعلمه يجوزله الرجوع وفى التنوير اذا قال الشهود قضيت وانكر القاضى بان قال لم اقض فالقول للقاضى على القول المفتى به مالم ينفذه قاض اخر امااذا انفذه قاض آخر لايكون القول قوله فى انه لم يقض لوجود قضاء الثانى به (ومن له على آخر حق فخبأ) صاحب الحق (قوما ثم سأله) اى سئل (الآخر عنه) اى عن الحق الذى عليه (فاقر به) اى بذلك الحق (وهم) اى القوم (يرونه) اى المقر و(يسمعونه) اى يسمعون اقراره (وهو) اى المقر (لايراهم صحت شهادتهم عليه) بذلك الاقرار لان الاقرار موجب بنفسه وقد علموه والعلم هوالركن فى اطلاق اداء الشهادة قال الله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله تعالى عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع (وان سمعوا كلامه ولكن لم يروه) اى المقر (فلا) تصح شهادتهم عليه بذلك الاقرار لان النغمة تشبه النغمة فيحتمل ان يكون المقر غيره الااذا كانوا دخلوا البيت وعلموا انه ليس فيه احد سواه ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا اقرار الداخل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم حاصل لهم فى هذه الصورة فجاز لهم ان يشهدوا عليه كما مر فى موضعه (ولو بيع عقار وبعض اقارب البايع حاضر يعلم البيع وسكت لاتسمع دعواه بعده) بخلاف الاجنبى ولوجارا الا اذا تصرف المشترى فيه زرعا وبناء حيث تسقط دعواه على ماعليه الفتوى قطعا للاطماع الفاسدة بخلاف مااذا باع الفضولى ملك رجل والمالك ساكت حيث لايكون رضى عندنا خلافا لابن ابى ليلى وفى التبيين لم يعين القريب هنا وفى الفتاوى لابى الليث ذكرانه لو باع عقارا اوابنه وامرأته حاضر يعلم به وتصرف المشترى فيه زمانا ثم ادعى الابن انه ملكه ولم يكن ملك ابيه وقت البيع اتفق مشايخنا على انه لاتسمع مثل هذه الدعوى وهوتلبيس محض وحضوره عند البيع وتركه فيما يصنع اقرار منه بانه ملك البايع وان لاحق له فى البيع وجعل سكوته فى هذه الحالة كالافصاح بالاقرار قطعا للاطماع الفاسدة لاهل العصر فى الاضرار بالناس وتقييده بالقريب ينفى جواز ذلك مع القريب انتهى لكن لم يقيده المص بقوله ان يتصرف المشترى فيه زمانا لان التقييد به يوجب التسوية بين القريب والجار مع ان الجار يخالفه قال ظهير الدين فتوى ائمة البخارى على ان سكوته لايكون تسليما وله المطالبة والدعوى كما اذا كان الحاضر الساكت غير الولد والزوجة والقريب لان سكوت الناطق لايجعل اقرارا وائمة خوارزم على رأى ائمة سمرقند حيث لاتسمع دعواه واختار القاضى فى فتاواه انه تسمع فى الزوجة لافى غيرها وفى المنح يتأمل المفتى فى ذلك ان رأى المدعى الساكت الحاضر ذا حيلة افتى بعدم السماع وان رأى خلافه افتى بالسماع لكن الغالب على اهل الزمان الفساد فلايفتى الا بما اختاره اهل خوارزم (ولو وهبت امرأة مهرها من زوجها ثم ماتت المرأة فطلب اقاربها المهر) منه (وقالوا) اى الورثة (كانت الهبة فى مرض موتها) اى المرأة (وقال) الزوج (لابل فى صحتها فالقول له) اى للزوج وفى التبيين والقياس ان يكون القول للورثة لان الهبة حادثة والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات ووجه الاستحسان انهم اتفقوا فى سقوط المهر عن الزوج لان الهبة فى مرض الموت تفيد الملك وان كانت للوارث الاترى ان المريض اذا وهب عبدا لوارثه فاعتقه الوارث اوباعه نفذ تصرفه ولكن يجب عليه الضمان ان مات المورث فى ذلك المرض ردا للوصية للوارث بقدر الامكان فاذا سقط عنه المهر بالاتفاق فالوارث يدعى العود عليه بموتها والزوج ينكر فالقول قول المنكر انتهى وقال صاحب المنح فالقول للورثة هذا هو المعتمد كما فى الخانية ونص كلامه رجل مات وترك مالا فادعى بعض الورثة عينا من اعيان التركة ان المورث وهب له فى صحته وقبضه ونفته الورثة قالوا ان كان ذلك فى المرض فالقول يكون قول من يدعى الهبة فى المرض وان اقاموا البينة فالبينة بينة من يدعى الهبة فى الصحة كذا ذكر فى الجامع الصغير انتهى (ولو اقر بحق ثم قال كنت كاذبا فيما اقررت حلف المقر له ان المقر لم يكن كاذبا فيما اقر وليست بمبطل فيما تدعى عليه عند ابى يوسف) وهو استحسان وعندهما يؤمر بتسليم المقر به الى المقر له وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين كالبينة بل اولى لان احتمال الكذب فيه ابعد لتضرره بذلك وجه الاستحسان ان العادة جرت بين الناس انهم يكتبون صك الاقرار ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار حجة على اعتبار هذه الحالة فيحلف (وبه) اى بقول ابى يوسف (يفتى) لتغير احوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعى لايضره اليمين ان كان صادقا فيصار اليه كما فى التبيين وفى مجمع الفتاوى

ان البايع او اقر بقبض الثمن ثم قال لم اقبضه يحلف المشترى استحسانا وكذا الواقر الواهب ثم انكر و اراد استحلاف الموهوب يحلف وكذا لو اقر بقبض الدين ثم قال كذبت وكذا لو اقر المشترى بقبض المبيع ثم قال لم اقبضه فله ذلك استحسانا عنده لاعند الطرفين وروى ان محمد الماقلد القضاء رجع الى قول ابى يوسف (والاقرار ليس سبب الملك) لانه ليس بناقل لملك المقر الى المقر له لان الاقرار اخبار يحتمل الصدق فيجوز تخلف مدلوله الوضعى عنه بخلاف الانشاء كالبيع والهبة ونحوهما لانه ايجاد معنى بلفظ يقارنه فى الوجود فيمتنع فيه التخلف (ولو قال لاخر وكلتك ببيع هذا) الشئ (فسكت) المخاطب (صار وكيلا) لان سكوته وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين واذا سكت صحت الهبة وسقط لما بيناه وان قال من ساعته لااقبل بطل و بقى الدين على حاله (ومن وكل امرأته بطلاق نفسها لايملك) الزوج الموكل (عزلها) لانه يمين من جهته لما فيه من معنى اليمين وهو تعليق بفعلها فلا يصح الرجوع عن اليمين وهو تمليك من جهتها لان الوكيل هو الذى يعمل لغيره وهى عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة بخلاف الاجنبى كما فى التبيين (ولو قال لاخر وكلتك بكذا على انى متى عزلتك فانت وكيلى فطريق عزله ان يقول عزلتك ثم عزلتك) لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة فاذا عزله انعزل عن الوكالة المنجزة فتنجزت المعلقة فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل الثانى انعزل عن الوكالة الثانية كما فى التبيين (ولو قال لاخر وكلتك بكذا على انى (كلما عزلتك فانت وكيلى) لايكون معزولا بل كلما عزله كان وكيلا لان كلما تفيد عموم الافعال (فاذا اراد ان يعزله فطريقه ان يقول رجعت عن الوكالة المعلقة و عزلتك عن المنجزة) فانه اذا رجع عنها لايبقى لها اثر فاذا قال بعدها وعزلتك عن الوكالة المنجزة الحاصلة من لفظ كلما فح ينعزل (وقبض بدل الصلح قبل التفرق شرط ان كان) الصلح (دينا بدين) بان وقع الصلح على دراهم عن الدنانير او على شئ اخر فى الذمة لانه صرف او بيع وفيه لايجوز الافتراق عن الدين بالدين (والا) اى وان لم يكن دينا بدين (فلا) يشترط قبضه لان الصلح اذا وقع على غير متعين لايبقى دينا فى الذمة فجاز الافتراق عنه وان كان مال الربوا كما اذا وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة فى الذمة وقدمر فى موضعه (ومن ادعى على صبى دارا فصالحه ابوه على مال الصبى فان كان له) اى للمدعى (بينة جاز الصلح ان كان بمثل القيمة او اكثر بما يتغابن فيه) بين الناس لان للصبى فيه منفعة وهى سلامة العين له لانه لولم يصالح يستحقه المدعى بالبينة فيأخذه فيكون هذا الصلح من الاب بمنزلة الشراء من المدعى (وان يكن له) اى للمدعى (بينة او كانت البينة غير عادلة لايجوز) الصلح لان الاب يصير متبرعا بمال الصبى بالصلح لامشتريا لانه لم يستحق المدعى شيئا من ماله لولا الصلح (ومن قال لابينة لى) على دعوى هذا الحق (ثم برهن) اى اقام بينة (صح) برهانه لانه يمكن ان تكون له بينة فنسيها ثم ذكرها بعد ذلك وعن الامام انها لاتقبل لظاهر التناقض والاصح القبول بخلاف ما اذا قال ليس لى حق عليه ثم ادعى عليه حقا حيث لاتسمع دعواه للتناقض (وكذا لو قال لاشهادة لى فى هذه القضية ثم شهد) لما مر وعن الامام انها لاتقبل ايضا وقيل تقبل وفاقا وفى التنوير قال تركت دعواى على فلان وفوضت امرى الى الاخرة لاتسمع دعواه بعده وفى التبيين او قال ليس لى عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد فانه تقبل شهادته او قال لاحجة لى على فلان ثم اتى بالحجة فانها تقبل ولو قال لااعلم لى حقا على فلان ثم اقام البينة ان له عليه حقا تقبل ولو قال هذه الدار ليست لى او ذلك العبد ثم اقام بينة ان الدار او العبد له تقبل بينته لانه لم يثبت باقراره حقا لاحد وكل اقرار لم يثبت به لغيره حق كان لغوا ولهذا تصح دعوى الملاعن نسب ولد نفى بلعانه نسبه لانه حين نفاه لم يثبت فيه حقا (وللامام الذى ولاه الخليفة ان يقطع) من الاقطاع (انسانا من طريق الجادة) وهى الشارع الاعظم (ان لم يضر) ذلك (بالمارة) لعموم ولايته فى حق الكافة فيما فيه نظر بهم وكان له ذلك من غير ان يلحق ضررا باحد الا ترى انه اذا رأى ان يدخل بعض الطريق فى المسجد او بالعكس وكان فى ذلك مصلحة للمسلمين كان له ان يفعل ذلك والامام الذى ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه نائبه فيملك ما يملكه (ومن صادره السلطان) بان اراد ان يأخذ منه مالا (ولم يعين) السلطان (بيع ماله) بل طلب منه جملة من المال (فباع ماله نفذ) لانه غير مكره به وانما باع باختياره غاية الامر انه احتاج الى بيعه لايفاء ما طلب منه وذلك لايوجب الكره كالداين اذا حبس بالدين فباع ماله لقضاء الدين الذى عليه فانه يجوز لانه باعه باختياره وانما وقع الكره فى الايفاء لا فى البيع كما فى التبيين (ولو خوف امرأته بالضرب حتى وهبت مهرها منه لاتصح الهبة ان قدر على الضرب) لانها مكرهة عليه اذ الاكراه على المال يثبت بمثله (وان اكرهها) اى المرأة (على الخلع ففعلت يقع الطلاق) لان طلاق المكره واقع (ولا يجب المال) اذ الرضى شرط فيه وقد انعدم على ما بيناه فى الاكراه (ولو احالت) اى المرأة (انسانا بالمهر على الزوج) ليأخذ منه عوض دينه مثلا (ثم وهبته من الزوج)

لاتصح الهبة) لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن فصار كما لو باع المرهون او وهبه (ومن اتخذ بئرا او بالوعة فى داره فنز منها) اى من البئر والبالوعة (حائط جاره وطلب) الجار (تحويله) اى تحويل ذلك الى موضع اخر (لايجبر عليه) اى على التحويل لانه تصرف فى خالص ملكه (وان سقط الحائط منه) اى من ذلك اى من سبب النز (لايضمن) اى لايضمن صاحب البئر لان هذا تسبيب فلا يجب الضمان الا بالتعدى (ومن عمر دار زوجته بماله) اى بمال الزوج (باذنها) اى باذن الزوجة (فالعمارة) تكون (لها) اى للزوجة لان الملك لها وقد صح امرها بذلك (والنفقة) التى صرفها الزوج على العمارة (دين له) اى للزوج (عليها) اى على الزوجة لانه غير متطوع فيرجع عليها لصحة الامر فصار كالمامور بقضاء الدين (وان عمرها) اى الدار (لها) اى للزوجة (بلا اذنها) اى الزوجة (فالعمارة لها) اى للزوجة (وهو) اى الزوج فى العمارة (متطوع) فى الانفاق فلا يكون له الرجوع عليها به (وان عمر لنفسه بلا اذنها اى الزوجة (فالعمارة له) اى للزوج لان الالة التى بنى بها ملكه فلا يخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه و يكون غاصبا للعرصة وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك كما فى التبيين لكن بقى صورة وهى ان يعمر لنفسه باذنها ففى الفرائد ينبغى ان تكون العمارة فى هذه الصورة له والعرصة لها ولا يؤمر بالتفريغ ان طلبته انتهى (ومن اخذ غريما له فنزعه انسان من يده فلا ضمان على النازع) اذا هرب الغريم لان النزع بسبب وقد دخل بينه وبين ضياع حقه فعل فاعل مختار فلا يضاف اليه التلف كما اذا حل قيد العبد فابق او كدلالة السارق على مال غيره فان الدال لايجب عليه الضمان لان التلف حصل بفعل السرقة لا بالدلالة ولكن امسك هاربا من عدو حتى قتله العدو فان الممسك لايجب عليه الضمان فكذا هذا (ومن قال فى يده مال انسان فقال له السلطان ادفعه) اى هذا المال (الى والاقطعت يدك او ضربتك خمسين سوطا لايضمن) الدافع (لو دفع المال) الى السلطان لانه مكره عليه فكان الضمان على المكره او على الاخذ ايهما شاء المالك ان كان الاخذ مختارا والافعلى المكره فقط كما فى التبيين لكن ان المكره والاخذ هو السلطان فقط بشهادة قوله الى فلا معنى لقوله او على الاخذ تدبر (ولو وضع فى الصحراء منجلا ليصيد به) اى بالمنجل (حمار وحش وسمى عليه) عند الوضع (فجاء) فى اليوم الثانى (ووجد الحمار مجروحا ميتا لايحل اكله) لان الشرط ان يجرحه انسان او يذبحه ولم يوجد وتقييده باليوم الثانى اتفاقى حتى لو وجده ميتا من ساعته لايحل لعدم شرطه (ويكره من الشاة الحيا) مقصورا وهو الفرج (والخصية والمثانة والذكر والغدة والمرارة والدم المسفوح) لما روى الاوزاعى عن واصل بن جميلة عن مجاهد قال كره رسول الله عليه السلام من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم قال الامام الدم حرام و اكره الستة و ذلك لقوله عز و جل حرمت عليكم الميتة والدم فلما تناوله النص قطع بتحريمه وكره ماسواه لانه مما تستخبثه الانفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهة لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث كما فى التبيين لكن ان هذه الاشياء ان كانت من الخبائث ينبغى القول بتحريمها لان قوله تعالى و يحرم عليهم الخبائث ينتظمها فكيف تجعل مكروهة وان لم يكن كذلك فلابد من الدليل على الكراهة بمعنى آخر وفى شرح الوهبانية تفصيل وحاصله ان الامام اطلق اسم الحرام على الدم المسفوح وسمى ماسواه مكروها لانه ثبت حرمته بدليل مقطوع به وهو النص المعتبر وهو قوله تعالى الا ان تكون ميتة او دما مسفوحا وبقية الستة لم تثبت به بل بالاجتهاد وبظاهر الكتاب المحتمل للتأويل والحديث (وللقاضى ان يقرض مال الغائب والطفل واللقطة) لقدرته على الاستخلاص فلا يفوت الحفظ به بخلاف الاب والوصى والملتقط لعجزهم فيكون تضييعا الا ان الملتقط اذا نشد اللقطة ومضى مدة النشدات ينبغى ان يجوز له الاقراض من فقير لانه لو تصدق به عليه فى هذه الحالة جاز فالقرض اولى كما فى التبيين وفى الاقضية انما يملك القاضى الاقراض اذا لم يحصل غلة ليتيم اما اذا وجدت فلا يملكه هكذا روى عن محمد و ينبغى ان يشترط لجواز اقراض القاضى عدم وصى اليتيم ولو كان منصوب القاضى فانه لم يجز عند وجود الوصى وهو الصحيح كما فى الفصولين (ولو كانت حشفة الصبى ظاهرة) حيث (من رآه ظنه مختونا والحال) انه (لانقطع جلدة ذكره الا بمشقة جاز ترك ختانه) على حاله لان قطع جلدة ذكره لتنكشف الحشفة فاذا كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة الى القطع وان كان توارى الحشفة يقطع الفضل ولو ختن ولم يقطع الجلدة كلها ينظر ان قطع اكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل وان قطع النصف فما دونه لايعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما (وكذا) جاز ترك ختان (شيخ اسلم وقال اهل البصيرة لايطيق الختان) للعذر الظاهر والختان سنة وهو من شعائر الاسلام وخصايصه فلو اجتمع اهل بلدة على تركه حاربهم الامام (و وقت الختان غير معلوم) عند الامام فانه قال لاعلم لى بوقته ولم يروعنهما فيه شئ (وقيل سبع سنين) وقيل لايختن حتى يبلغ وقيل اقصاه اثنى عشرة سنة

وقيل تسع سنين وقيل وقته عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة اذا بلغ عشرا اعتبارا اوتخلقا فيحتاج الى الختان لانه شرع للطهارة وقيل ان كان قويا يطيق الم الختان ختن والا فلا وهواشبه بالفقه وختان المرأة ليس بسنة (ولا يجوز ان يصلى على غير الانبياء والملائكة الابطريق التبع) كما يقال اللهم صلى على محمد وآله وصحبه ونحو ذلك وذلك لان فى الصلوة من التعظيم ما ليس فى غيرها من الدعوات وهى لزيادة الرحمة والقرب من الله تعالى ولا يليق ذلك لمن يتصور منه الخطايا والذنوب وانما يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز ويستحب الترضى للصحابة والترحم للتابعين ومن بعدهم من العلماء والعباد وسائر الاخيار وكذا يجوز الترحم على الصحابة والترضى للتابعين ومن بعدهم من العلماء والعباد (ولا) يجوز (الاعطاء باسم النيروز والمهرجان) اى الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفران قصد تعظيم المذكور من النيروز والمهرجان كما بيناه فى موضعه (ولا بأس بلبس القلانس) لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك (وللشاب العالم ان يتقدم على الشيخ الجاهل) لما مرانه افضل منه قال الله تعالى هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون ولهذا يقدم فى الصلوة وهى احد اركان الاسلام وقال الله تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولى الامر منكم والمراد باولى الامر العلماء فى اصح الاقوال والمطاع شرعا يقدم والعلماء ورثة الانبياء عليهم السلام على ما جاءت به السنة (وللحافظ القرأن ان يختم فى اربعين يوما) لان المقصود من قرأة القرأن فهم معانيه والاعتبار بما فيه لا بمجرد التلاوة وذلك يحصل بالتأنى لا بالتوانى فى المعانى فقدروا الختم اقله باربعين يوما يقرأ فى كل يوم حزبا ونصف حزب واقل ولله در المص ان يختم كتابه فى بيان قرأة القرأن وكيفية الختم

(* كتاب الفرائض *) وجه التأخير بين فلا يحتاج الى البيان هى جمع فريضة من الفرض وهو التقدير يقال فرض القاضى النفقة اى قدرها وسمى هذا العلم فرائض لان الله تعالى قدره بنفسه ولم يفوض تقديره الى ملك مقرب ولا نبى مرسل وبين نصيب كل واحد من النصف والربع والثمن والثلثين والثلث والسدس بخلاف سائر الاحكام كالصلوة والزكوة والحج وغيرها فان النصوص فيها مجملة وانما السنة بينتها وهذا العلم من اشرف العلوم قال صلى الله عليه وسلم العلم ثلاثة وما سوى ذلك فضل آية محكمة اوسنة قائمة وفريضة عادلة وقد حث صلى الله عليه وسلم على تعليمه وتعلمه بقوله تعلموا الفرائض وعلموها فانها نصف العلم وهو ينسى وهو اول شئ ينزع من امتى (يبدأ من تركة الميت) الخالية عن تعلق حق الغير بعينها كالرهن والعبد الجانى والمشترى قبل القبض فان صاحبه يقدم على التجهيز كما فى حال حيوته وان لم يكن يبدأ بتجهيزه ودفنه اعتبار الحالة الحيوة فان المرأ يقدم نفسه فى حيوته فيما يحتاج اليه من النفقة والكسوة والسكنى على اصحاب الديون ما لم يتعلق حق الغير بعين ماله فكذا بعد وفاته فانه يقدم تجهيزه ودفنه (بلا اسراف ولا تقتير) وهو قدر كفن الكفاية اوكفن السنة اوقدر ما يلبسه فى حيوته من اوسط ثيابه اومن الذى كان يتزين به فى الاعياد والجمع والزيارات على ما اختلفوا فيه وقال ابو يوسف كفن المرأة على زوجها خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد وقاضيخان الفتوى على قول ابى يوسف (ثم تقضى ديونه) من جميع ماله الباقى بعد التجهيز والدفن اى ثم يبدأ بوفاء دينه الذى له مطالب من جهة العباد لا دين الزكوة والكفارات ونحوها لان هذه الديون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة اداؤها الا اذا اوصى بها اوتبرعوا بها من عندهم (ثم تنفذ وصاياه من ثلث ما بقى بعد الدين) اى ثم يبدأ بوصيته اى بتنفيذها من ثلث ما بقى بعد التجهيز والدين وفى اكثر من الثلث لا يجوز الا باجازة الورثة على ما مر ثم هذا ليس بتقديم على الورثة فى المعنى بل شريك لهم حتى اذا سلم له شئ سلم للورثة ضعفه اواكثر (ثم يقسم الباقى بين ورثته) اى الذين ثبت ارثهم بالكتاب والسنة واجماع الامة (ويستحق الارث بنسب ونكاح وولاء) كما سيأتى مفصلا (ويبدأ باصحاب الفروض) اى كل صاحب سهم مقدر فى الكتاب اوالسنة اوالاجماع كما ذكره السرخسى وتقديمهم على العصبة لقوله عليه السلام الحقوا الفرائض باهلها فما بقيه فلاولى رجل ذكر (ثم) يبدأ (بالعصبات النسبية) فان العصوبة النسبية اقوى من السببية يرشدك الى ذلك ان اصحاب الفروض النسبية يرد عليهم دون اصحاب الفروض السببية اعنى الزوجين (ثم) يبدأ (بالمعتق) بكسر التاء مذكرا كان اومؤنثا فان من اعتق عبدا اوامة كان الولاء له ويرثه ويسمى ذلك ولاء العتاقة والنعمة (ثم عصبته) اى يبدأ عند عدم مولى العتاقة بعصبته من الذكور وهذا قيد لا بد منه لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن الحديث (ثم الرد) اى يبدأ بعد العصبات السببية بالرد على ذوى الفروض النسبية بقدر قرابتهم بعد اخذ فرائضهم دون ذوى الفروض السببية (ثم ذوى الارحام) اى يبدأ عند عدم الرد لانتفاء ذوى الفروض النسبية بذوى الارحام وهم الذين لهم قرابة وليسوا بعصبة ولا ذوى سهم (ثم مولى الموالاة) اى عند عدم هؤلاء المذكورين يبدأ فى جميع الميراث بمولى الموالاة ان لم يوجد احد الزوجين وان وجد يبدأ به ايضا لكن فى الباقى

من فرضه وتفصيل مولى الموالاة قدمر فى موضعه (ثم المقر له بالنسب) على الغير (لم يثبت) نسبه باقراره من ذلك الغير اذا مات المقر على اقراره يعنى ان هذا المقر له مؤخر فى الارث عن مولى الموالاة ومقدم على الموصى له بجميع المال وفصله السيد فى شرح الفرائض فليطالع (ثم الموصى له باكثر من الثلث) اى اذا عدم من تقدم ذكره يبدأ بمن اوصى له بجميع المال فيكمل له وصيته لان منعه عما زاد على الثلث لاجل الورثة فاذا لم يوجد احد منهم فله عندنا ما عين له كاملا وانما اخر عن المقر له بناء على انه نوع قرابة بخلاف الموصى له (ثم بيت المال) اى اذا لم يوجد احد من المذكورين توضع التركة فى بيت المال على انها مال ضايع فصار فيئا لجميع المسلمين فيوضع هناك وليس ذلك بطريق الارث وعند الشافعية ان بيت المال ان كان منتظما يقدم على ذوى الارحام والرد ولا ميراث عندهم اصلا لمولى الموالاة ولا للمقر له بالنسب على الغير ولا للموصى له بجميع المال (ويمنع الارث الرق) وافرا كان اوناقصا لان جميع ما فى يده من المال فهو لمولاه فلو ورثناه عن اقربائه لوقع الملك لسيده فيكون توريثا للاجنبى بلا سبب وانه باطل اجماعا (والقتل) كما مر تفصيله فى الجنايات (واختلاف الملتين) فلا يرث الكافر من المسلم اجماعا ولا المسلم من الكافر على قول على وزيد وعامة الصحابة رضى الله تعالى عنهم واليه ذهب علماؤنا والشافعى كما مر تفصيله (واختلاف الدارين حقيقة) كالحربى والذمى (اوحكما) كالمستأمن والذمى اوالحربيين من دارين مختلفتين كما مر ذكره فلا حاجة الى التكرار (والمجمع على توريثهم من الرجال عشرة الاب وابوه) اى اب الاب (والابن وابنه والاخ وابنه والعم وابنه والزوج ومولى النعمة) اى مولى العتاقة (ومن النساء سبع الام والجدة) اى ام الام (والبنت وبنت الابن والاخت والزوجة ومولاة النعمة) اى مولاة العتاقة (وهم) اى الوارثون المجمع على توريثهم قسمان (ذوفرض وعصبة) اى المورث (فذو الفرض من له سهم مقدر والسهام المقدرة فى كتاب الله تعالى ستة النصف) وقد ذكر فى كتاب الله تعالى فى ثلثة مواضع فقال وان كانت واحدة اى البنت فلها النصف وقال ولكم نصف ما ترك ازواجكم وقال وله اخت فلها نصف ما ترك (والربع) وقد ذكر فى موضعين حيث قال فلكم الربع مما تركن وقال ولهن الربع مما تركتم (والثمن) وقد ذكر فى موضع حيث قال ولهن الثمن مما تركتم (والثلثان) وقد ذكر فى موضعين حيث قال فى حق البنات فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وفى حق الاخوات فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان (والثلث) وقد ذكر فى موضعين حيث قال فلامه الثلث وقال وان كانوا اى اولاد الام اكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث (والسدس) وقد ذكر فى ثلثة مواضع حيث قال ولابويه لكل واحد منهما السدس وقال وان كان له اخوة فلامه السدس وقال فى حق ولد الام وله اخ اواخت فلكل واحد منهما السدس ثم شرع فى التفصيل فقال (فالنصف للبنت وبنت الابن عند عدمها) اى عدم البنت لان بنت الابن قامت مقامها اذا عدمت البنت (و) النصف (للاخت للابوين وللاخت للاب عند عدمها) اى عدم الاخت لابوين (اذا انفردن) عن اخوتهن واما اذا اختلطن بهم تصير عصبات بهم ويكون للذكر مثل حظ الانثيين كما سيأتى (و) النصف (للزوج عند عدم الولد وولد الابن) وقيد بولد الابن ليخرج ولد البنت فان الحكم لا يكون كذلك بل يكون لها معه الربع (والربع له) اى للزوج (عند وجود احدهما) وان سفل لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن فيستحق كل زوج اما النصف واما الربع مما تركته امرأته (وللزوجة) الربع (وان) وصلية (تعددت عند عدمهما) اى الولد اوولد الابن لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد (والثمن لها) اى للزوجة (كذلك عند وجود احدهما) اى الولد اوولد الابن وان سفل لقوله تع فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم وان كن اكثر من واحدة اشتركن فيه لوجهين احدهما ان يلزم الاجحاف ببقية الورثة لانه لو اعطى كل واحدة منهن ربعا يأخذن الكل اذا ترك اربع زوجات بلا ولد والنصف مع الولد والثانى ان مقابلة الجمع بالجمع تقتضى مقابلة الفرد بالفرد كقوله ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم فيكون لواحدة الربع اوالثمن عند انفرادها بالنص واذا كثرت وقعت المزاحمة بينهن فيصرف اليهن جميعا على السواء لعدم الاولوية ولفظ الولد يتناول ولد الابن فيكون مثله بالنص اوبالاجماع فتصير له حالتان (والثلثان لكل اثنين فصاعدا ممن فرضهن النصف) وهى البنات والاخوات لقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك (والثلث للام عند عدم الولد وولد الابن) وعدم (الاثنين من الاخوة والاخوات ولها) مع هؤلاء السدس ولفظ الجمع فى الاخوة فى قوله تعالى فان كان له اخوة يطلق على الاثنين فيحجب الام لهما من الثلث الى السدس من اى جهة كانا اومن جهتين لان لفظ الاخوة يطلق على الكل وهذا قول جمهور الصحابة رضى الله تعالى عنهم عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما انه لم يحجب الام من الثلث الى السدس الا بثلاثة منهم عملا بظاهر الاية

(ولهما) اى للام (ثلث مابقى بعد فرض احدالزوجين فى زوج وابوين اوزوجة وابوين) فيكون لها السدس مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب لانه هوالثلث الباقى بعد فرض احدالزوجين فصار للام ثلاثة احوال ثلث الكل وثلث مابقى بعد فرض احدالزوجين والسدس وابن عباس رضى الله عنهما لايرى ثلث الباقى بل يورثها ثلث الكل والباقى للاب وخالف فيه جمهور الصحابة رضى الله عنهم (ولوكان مكان الاب فيهما جدفلها) اى للام (ثلث الجميع) عند الطرفين فلايبالى بتفضيلها عليه لكونها اقرب منه (خلافا لابى يوسف) فان لها مع الجد ايضا ثلث الباقى عنده كمافى الاب فعلى هذه الرواية جعل الجد كالاب فيعصب الام كما يعصبها الاب (و) الثلث (للاثنين فصاعدا من ولد الام يقسم) الثلث (لذكورهم واناثهم بالسوية) يعنى الانثى منهم تأخذ مثل مايأخذ الذكر منهم بلاتفضيل الذكر منهم على الانثى لقوله تعالى وان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث والشركة تقتضى المساواة (والسدس للواحد منهم) اى من اولاد الام (ذكرا وانثى) لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة اوامرأة وله اخ اواخت فلكل واحد منهما السدس والمراد به اولاد الام ولهذا قرأ بعضهم وله اخ اواخت لام (و) السدس (للام عند وجود الولد اوولد الابن او) وجود (الاثنين من الاخوة والاخوات) كما سبق (و) السدس (للاب مع الولد اوولد الابن) فان كان مع الاب ابن فله فرضه اعنى السدس والباقى للابن وان كان معه بنت فله السدس ايضا لان اسم الولد يتناول الابن والبنت وللبنت النصف بالفرض ومابقى للاب ايضا لانه اولى رجل ذكر من العصبات عند عدم الابن و ولد الابن ولد شرعا بالاجماع قال الله تعالى يابنى آدم وليس دخول الابن فى الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل هو من باب عموم المجاز اوعرف كون حكم ولد الابن كحكم الولد بدليل آخر وهو الاجماع (وكذا) السدس (للجد الصحيح عند عدمه) اى عدم الاب لان الجد الصحيح كالاب الافى اربع مسائل مشهورة ثم عرفه فقال (وهو) اى الجد الصحيح (من لايدخل فى نسبته الى الميت ام) كاب الاب (فان دخلت) فى نسبته الى الميت ام (فجد فاسد) فلايرث الاعلى انه من ذوى الارحام لان تخلل الام فى النسبة يقطع النسب اذالنسب الى الاباء لان النسب للتعريف والشهرة وذلك بالمشهور وهوالذكور دون الاناث (و) السدس (للجدة الصحيحة وان) وصلية (تعددت) كام الام مع ام الاب فيشتركن فى السدس اذاكن ثابتات متحاذيات فى الدرجة لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم اطعموا الجدة السدس وابو بكر رضى الله عنه اشرك بين الجدتين فى السدس وكان ذلك بمحضر الصحابة ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا ثم عرفها فقال (وهى) اى الجدة الصحيحة (من لايدخل فى نسبتها الى الميت جد فاسد) من يتخلل فى نسبتها الى الميت ذكر بين انثيين (و) السدس (لبنت الابن وان) وصلية (تعددت مع الواحدة من بنات الصلب) تكملة للثلثين لان حق البنات الثلثان وقداخذت الواحدة النصف لقوة القرابة فبقى السدس من حق البنات فيأخذه بنات الابن واحدة اومتعددة ومابقى من التركة فلاولى عصبة فبنات الابن من ذوات الفروض مع الواحدة من الصلبيات هذا اذالم يكن فى درجتهن ابن ابن واما اذاكان معهن ابن ابن يكن عصبة معه ولايرثن السدس كما سيأتى (وللاخت لاب كذلك) اى لها السدس وان تعددت (مع الاخت الواحدة للابوين) لان حق الاخوات الثلثان وقداخذت الاخت الواحدة للابوين النصف فبقى منه سدس فيعطى للاخوات لاب تكملة للثلثين ولايرثن مع الاختين لاب وام الاان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن كما سيأتى (* فصل فى العصبات) (العصبة النسبية ثلثة عصبة بنفسه وعصبة بغيره وعصبة مع غيره (والعصبة بنفسه ذكر) فان الانثى لاتكون عصبة بنفسها بل بغيرها ومع غيرها (ليس فى نسبته الى الميت انثى) فان قلت الاخ لاب وام عصبة بنفسه مع ان الام داخلة فى نسبته الى الميت قلت قرابة الاب اصل فى استحقاق العصوبة فانها اذاانفردت كفت فى اثبات العصوبة بخلاف قرابة الام فانها لاتصلح بانفرادها علة لاثباتها فهى ملغاة فى اثبات العصوبة لكنا جعلناها بمنزلة وصف زائد فرجحنا بها الاخ لاب وام على الاخ لاب (وهو يأخذ مابقته الفرايض وعند الانفراد) اى انفراده عن غيره فى الوارثة (يحرز جميع المال) بجهة واحدة وفى التبيين هذا رسم وليس بحد لانه لايفيد الاعلى تقدير ان يعرف الورثة كلهم ولكن لايعرف من هو العصبة منهم فيكون تعريفا بالحكم والمقصود معرفة العصبة حتى يعطى ماذكر ولايتصور ذلك الابعد معرفته (واقربهم) اى اقرب العصبات (جزء الميت وهو الابن وابنه وان) وصلية (سفل) لدخولهم فى اسم الولد وغيرهم محجوبون بهم لقوله تعالى يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الى ان قال سبحانه ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فجعل الاب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر سهما مقدرا فتعين الباقى له فدل ان الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة وابن الابن ابن لانه يقوم مقامه فيقدم عليه ايضا ومن حيث المعقول ان الانسان يؤثر ولد ولده على والده ويختار صرف ماله ولاجله يدخر ماله عادة على ماقال عليه السلام الولد مبخلة مجبنة وقضية ذلك ان لايجاوز

بكسبه محل اختياره الاانا صرفنا مقدار الفرض الى اصحاب الفروض بالنص فبقى الباقى على قضية الدليل وكان ينبغى ان يقدم البنت ايضا عليه وعلى كل عصبة الاان الشارع ابطل اختياره بتعيين الفرض لها وجعل الباقى لاولى رجل (ثم اصله وهو الاب والجد الصحيح) اى اب الاب (وان) وصلية (علا) واوليهم به الاب لان الله تعالى شرط لارث الاخوة الكلالة وهو الذى لاولد له ولاوالد على مابيناه فعلم بذلك انهم لايرثون مع الاب ضرورة وعليه اجماع الامة فاذاكان ذلك مع الاخوة وهم اقرب الناس اليه بعد فروعه واصوله فاظنك مع من هوابعد منهم كالاعمام وغيرهم والجد يقوم مقامه فى الولاية عند عدم الاب ويقدم على الاخوة فيه فكذا فى الميراث وهو قول ابى بكر الصديق رضى الله عنه وبه اخذ الامام (ثم جزء ابيه وهم الاخوة لابوين) اوالاخوة (لاب ثم بنوهم وان) وصلية (سفلوا) وانما قدموا على الاعمام لان الله تعالى جعل الارث فى الكلالة للاخوة عند عدم الوالد والولد فعلم بذلك انهم يقدمون على الاعمام وانما قدم الاخ لاب وام لانه اقوى لاتصاله من الجانبين (ثم جزء جده وهم الاعمام لابوين اولاب ثم بنوهم وان) وصلية (سفلوا ثم جزء جد ابيه كذلك) اى اولاهم بالميراث بعد الاخوة اعمام الميت لانهم جزء الجد فكانوا اقرب ثم اعمام الاب لكونهم اقرب بعد ذلك لانهم جزء الجد ثم اعمام الجد لانهم اقرب بعدهم ويقدم العم لاب وام على العم لاب ثم العم لاب على ولد العم لاب وام (والعصبة بغيره من فرضه النصف والثلثان) وهم اربع من النساء (يصرن عصبة باخوتهن ويقسم للذكر مثل حظ الانثيين) فالبنات بالابن وبنات الابن بابن الابن لقوله تعالى يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين والاخوات لاب وام باخيهن والاخوات الاب باخيهن لقوله تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين (ومن لافرض لها) من الاناث (واخوها عصبة لاتصير عصبة به) اى باخيها (كالعمة) لاتصير عصبة بالعم الذى هواخوها فالمال كله للعم دون العمة وبنت العم لاتصير عصبة بابن العم فالمال كله لابن العم دون بنت العم (وبنت الاخ) لاتصير عصبة باخيها فالمال كله لابن الاخ لان النص الوارد فى صيرورة الاناث بالذكور عصبة انما هو فى موضعين البنات بالبنين والاخوات بالاخوة والاناث فى كل منهما ذوات فروض فمن لافرض له من الاناث لايتناوله النص (والعصبة مع غيره الاخوات لابوين اولاب مع البنات وبنات الابن) والاولى ان يقول او بدل الواو وتدبر لقوله صلى الله عليه وسلم اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة وانما سمين عصبة مع غيره ومع اخوتهن عصبة بغيره لان ذلك الغير وهو البنات شرط بصيرورتهن عصبة ولم يجعلهن عصبة بهن لان انفسهن ليست بعصبة فكيف يجعلن غيرهن عصبة بهن بخلاف ما اذاكن عصبة باخوتهن لان الاخوة بنفسهم عصبة فيصيرن بهن عصبة تبعا (وذوالابوين من العصبات مقدم على ذى الاب) الواحد لان ذاالقرابتين من العصبات اولى من ذى قرابة واحدة مع تساويهما فى الدرجة ذكرا كان ذو القرابتين اوانثى لقوله صلى الله عليه وسلم ان اعيان بنى الام يتوارثون دون بنى العلات والمقصود من ذكر الام ههنا اظهار مايرجح به بنو الاعيان على بنى العلات (حتى ان الاخت لابوين مع البنت) سواء كانت صلبية وبنت ابن وسواء كانت واحدة اواكثر (تحجب الاخ لاب) خلافا لابن عباس رضى الله عنهما فان الاخت لاتصير عصبة مع البنات عنده (وعصبة ولد الزنا وولد الملاعنة مولى امه) لانه لااب له والنبى صلى الله عليه وسلم الحق ولد الملاعنة بامه فصار كشخص لاقرابة له من جهة الاب فيرثه قرابة امه ويرثهم فلوترك اما وبنتا والملاعن فللبنت النصف وللام السدس والباقى يرد عليهما كان لم يكن له اب وكذا لوكان معهما زوج اوزوجة اخذ فرضه والباقى بينهما فرضا وردا ولوترك امه واخاه لامه وابن الملاعن فلامه الثلث ولاخيه لامه السدس والباقى رد عليهما ولاشئ لابن الملاعن لانه لااخ له من جهة الاب ولومات ولد ابن الملاعنة ورثه قوم ابيه وهم الاخوة ولايرثونه قوم جده وهم الاعمام واولادهم وبهذا تعرف بقية مسائله وهكذا ولد الزنا الاانهما يفترقان فى مسئلة واحدة وهوان ولد الزنا يرث من توأمه ميراث اخ لام وولد الملاعنة يرث التوأم ميراث اخ لاب وام كما فى الاختيار (والاب مع البنت صاحب فرض وعصبة) كما مر ذكره (واخر العصبات مولى العتاقة) لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب ولانه احياه معنى بالاعتاق فاشبه الولادة (ثم عصبته) اى عصبة مولى العتاقة (على الترتيب المذكور) بان يكون جزء المولى اولى وان سفل ثم اصوله ثم جزء ابيه ثم جزء جده يقدمون بقوة القرابة عند الاستواء وبعلو الدرجة عند التفاوت (فمن ترك اب) الاولى بالالف لانه فى موضع النصب (مولاه وابن مولاه فماله كله لابن مولاه) لما ان الابن وابن الابن وان سفل مقدم على الاب وهذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف للاب السدس والباقى للابن) هذا قوله الاخر وهو احدى الروايتين عن ابن مسعود وبه قال شريح والنخعى وقولهما هو اختيار سعيد بن المسيب ومذهب الشافعى والقول الاول لابى يوسف (ولوكان مكان الاب جد فكله للابن اتفاقا) وذلك لان الاب كالابن فى العصوبة بحسب الظاهر لان اتصال كل منهما بالميت بلاواسطة وكون الابن اقرب يحتاج الى ما مر من ان زيادة

قربه امر حكمى فوقع الخلاف هناك بخلاف الجد فان اتصاله بواسطة الاب فيكون الاب اقرب من الجد و يكون الابن اقرب منه بلا اشتباه فلا يزاحم الجد فى الولاء اما ابن الابن مع الجد فالاظهر ان يرث ابن الابن عند ابى يوسف ايضا لانه اشبه بالابن من الجد بالاب كما فى الفنارى (ولو ترك جد مولاه واخ مولاه فالجد اولى) و يكون الولاء كله للجد عند الامام لانه اقرب للميت فى العصوبة من الاخ على مذهبه (وعندهما يستويان) فيكون الولاء بينهما نصفين (والعصبة انما يأخذ ما فضل عن ذوى الفروض) كما مر (فلو تركت زوجا واخوة لام واخوة لابوين واما فالنصف للزوج والثلث للاخوة لام والسدس لام ولا يشاركهم الاخوة لابوين) لان المسئلة من ستة نصفه وهو الثلث للزوج وثلثه وهو اثنان للاخوة لام وسدسه وهو واحد للام وما فضل عن فرض ذوى الفروض شئ حتى يعطى للاخوة لابوين وهم عصبة و به قال ابو بكر الصديق رض واخذ علماؤنا وقال عثمان بن عفان رضى الله عنه تشترك الاولاد لاب وام مع الاولاد لام وبه اخذ مالك والشافعى وكان عمر رضى الله عنه يقول اولا مثل ما قال الصديق رضى الله عنه ثم رجع عنه الى قول عثمان رضى الله عنه وسبب رجوعه انه سئل عن هذه المسئلة فاجاب كما هو مذهبه فقام واحد من الاولاد لاب وام وقال يا امير المؤمنين ولئن سلمنا ان ابانا كان حمارا السنا من ام واحدة فاطرق رأسه مليا وقال صدق لانه بنو ام واحدة فشركهم فى الثلث فلهذا سميت المسئلة حمارية ومشتركة وعثمانية وعن هذا قال (وتسمى المشتركة والحمارية)

) فصل فى الحجب (وهو فى اللغة المنع وفى اصطلاح اهل هذا العلم منع شخص معين عن ميراثه اما كله و يسمى حجب الحرمان او بعضه و يسمى حجب النقصان بوجود شخص آخر فشرع فى تفصيل كل منهما فقال (حجب الحرمان منتف فى حق ستة) من الورثة (الابن والاب والبنت والام والزوج والزوجة) فان قلت قد يحجب هذا الفريق بالقتل والردة والرقية فلا يصح ان حجب الحرمان منتف فى هذا الفريق قلت الكلام فى الورثة وهم على ذلك التقدير ليسوا بورثة (ومن عداهم يحجب الابعد بالاقرب و) يحجب (ذو القرابة) الواحدة (بذى القرابتين ومن يدلى بشخص لا يرث معه) اى مع وجود ذلك الشخص كابن الابن مثلا فانه لا يرث مع الابن (الا اولاد الام حيث يدلون) اى ينتسبون الى الميت (بها) اى بالام (و) لكن (يرثون معها) اى مع الام قال الفاضل الشريف وتحقيق هذا الاصل ان الشخص المدلى به ان استحق جميع التركة لم يرث المدلى مع وجوده سواء اتحدا فى سبب الارث كما فى الاب والجد والابن وابنه او لم يتحدا كما فى الاب والاخوة والاخوات فان المدلى به لما احرز جميع المال لم يبق للمدلى شئ اصلا وان لم يستحق المدلى به الجميع فان اتحدا فى السبب كان الامر كذلك كما فى الام وام الام لان المدلى به لما اخذ نصيبه بذلك السبب لم يبق للمدلى من النصيب الذى يستحق بذلك السبب شئ وليس له نصيب آخر فصار محروما وان لم يتحدا فى السبب كما فى الام واولادها فان المدلى به حينئذ يأخذ نصيبه المستند الى سببه والمدلى يأخذ نصيبا آخر مستندا الى سبب آخر فلا حرمان فان قلت اليست الام تستحق جميع التركة اذا انفردت عن غيرها من اصحاب الفرائض والعصبات قلنا ليس ذلك الاستحقاق من جهة واحدة فانها تستحق بعض التركة بالفرض وبعضها بالرد والمراد استحقاق جميعها من جهة واحدة كما فى العصبة (وتحجب الاخوة) مطلقا حجب الحرمان (بالابن) وابنه (وان) وصلية (سفل و بالاب) لانهم كلالة وتوريث الكلالة مشروط بعدم الولد والوالد كما مر (والجد) عند الامام (وتحجب اولاد العلات) وهى الاخوة والاخوات لاب (بالاخ لابوين ايضا) لان ميراث الاخوة والاخوات لاب وام جار مجرى ميراث الاولاد الصلبية وان ميراث الاخوة والاخوات لاب كميراث اولاد الابن ذكورهم كذكورهم واناثهم كاناثهم فكما يحجب اولاد الابن بالابن كذلك يحجب الاخوة والاخوات لاب وام (وعندهما لا يحجب الاخوة لابوين او لاب بالجد بل يقاسمونه وهو) اى الجد (كاخ ان لم تنقصه المقاسمة عن الثلث عند عدم ذوى الفرض) قال الفاضل الشريف ان الجد يشبه الاب فى حجب اولاد الام وفى انه اذا زوج الصغير والصغيرة لم يكن لهما خيار اذا بلغا وفى انه لا ولاية للاخ فى النكاح مع قيام الجد فى ظاهر الرواية كالاب وفى انه لا يقتل الجد بولد الولد وفى ان حليلة كل واحد من الجانبين تحرم على الآخر وفى عدم قبول الشهادة وفى صحة استيلاد الجد مع عدم الاب وفى انه لا يجوز دفع الزكوة اليه وفى انه يتصرف فى المال والنفس كالاب و يشبه الاخ فى انه اذا كان للصغير جد وام كانت النفقة عليهما اثلاثا على اعتبار الميراث كما على الاخ والام وفى انه لا يفرض النفقة على الجد المعسر كالاخ وفى عدم وجوب صدقة الفطر للصغير على الجد وفى ان الصغير لا يصير مسلما باسلام الجد وفى انه اذا اقر بنافلة وابنه حى لا يثبت النسب بمجرد اقراره وفى انه لا يجر ولاء نافلته اليه والى كل ذلك كما فى الاخ فلتعارض هذه الاحكام اختلفت العلماء من الصحابة والتابعين وغيرهم رضى الله عنهم فى مسئلة الجد مع الاخوة فجعل كالاب فى حجب الاخوة لام وكالاخ فى قسمة الميراث ما دامت المقاسمة خيرا له فاذا لم تكن خيرا له اعطيناه له ثلث المال لانه مع الاولاد يرث السدس ومع الاخوة يضاعف ذلك وايضا اذا قسم المال

بين الابوين فللام الثلث وللاب الثلثان وهما فى الدرجة الاولى ولما كان الجد والجدة فى الدرجة الثانية وكان للجدة السدس كان للجد ضعفه اعنى الثلث فاذا كان مع الجد اخ واحد اخذ بالمقاسمة نصف المال فهو خير له من الثلث واذا كان معه اخوان فهما اى المقاسمة والثلث متساويان واذا كان معه ثلاث اخوة فالثلث خير له لان نصيبه بالمقاسمة حينئذ ربع هذا اذا لم يكن معه صاحب فرض (او) ان لم تنقصه المقاسمة (عن السدس عند وجوده) اى وجود ذى الفرض يعنى اذا كانت معه اختان لاب وام يجعل الجد كاخ و يكون المال بينه و بين الاختين للذكر مثل حظ الانثيين وكذا اذ كانت معه ثلاث اخوات وان كانت معه اربع اخوات فالمقاسمة والثلث سواء لانه اذا جعل كاخ يكون كاختين و يكون عدد الاخوات ستة و يكون الاثنان من الستة له والاثنان ثلث الستة وتكون المقاسمة والثلث مستويتين وان كانت معه خمس اخوات يكون الثلث خيرا له لانه ان جعل كاخ يكون بمنزلة اختين فيكون عدد الاخوات سبعا فيكون حصته ناقصة عن السدس فيكون الثلث خيرا له و باقى احكام المقاسمة مذكور فى الفرائض وشروحها فليراجع (والفتوى على قول الامام) وهو سقوط الاخوة والاخوات بالجد لكن المختار فى زماننا ان يفتى بعد اخذ الجد السدس بالمصالحة فى الباقى بين الاخوة والاخوات و بينه (فاذا استكمل بنات الصلب الثلثين سقط بنات الابن) لان ارثهن كانت تكملة للثلثين وقد كمل بنتين فيسقطن اذ لا طريق لتوريثهن فرضا وتعصيبا (الا ان يكون بحذائهن او اسفل منهن ابن ابن فيعصب من بحذائه ومن فوقه) لكن (من ليست بذات سهم) فانه لا يعصب ذات السهم كالبنات الصلبية مثلا (وتسقط من دونه) واذا كانت يعصب ابن الابن من بحذائه ومن هو فوقه يكون الباقى بينهم للذكر مثل حظ الانثيين سواء كان اخا لهن اولم يكن وهذا مذهب على وزيد بن ثابت رضى الله عنهما و به اخذ عامة العلماء و روى عن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال يسقطن بنات الابن بنتى الصلب وان كان معهن غلام ولا يقاسمنه وان كانت البنت الصلبية واحدة وكان معهن غلام كان لبنات الابن اسوء الحالين من السدس والمقاسمة وايهما اقل اعطين ثم الاصل فى بنات الابن عند عدم بنات الصلب ان اقربهن الى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية والتى يليها فى القرب منزلة بنات الابن وهكذا وان سفلن مثاله او ترك ثلاث بنات ابن بعضهن اسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن اخر بعضهن اسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن ابن اخر بعضهن اسفل من بعض فالعليا من الفريق الاول لا يوازيها احد فيكون لها النصف والوسطى من الفريق الاول توازيها العليا من الفريق الثانى فيكون لهما السدس تكملة للثلثين ولا شئ للسفليات الا ان يكون مع واحدة منهن غلام فيعصبها ومن بحذائها ومن فوقها من لم يكن صاحبة فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى من الفريق الاول عصبها وعصب الوسطى من الفريق الثانى والعليا من الفريق الثالث فسقطت السفليات ولو كان الغلام مع السفلى من الفريق الثانى عصبها وعصب الوسطى منه والوسطى والعليا من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الاول ولو كان مع السفلى من الفريق الثالث عصب الجميع غير اصحاب الفرائض (واذا استكمل الاخوات لابوين الثلثين سقط الاخوات لاب لان ارثهن كانت تكملة للثلثين وقد كمل اختين فيسقطن (الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن) كما فى بنات الابن (والجدات كلهن يسقطن بالام) سواء كانت ابويات او اميات (والابويات خاصة) اى دون الاميات (بالاب ايضا) اى كما يسقطن بالام وهو قول عثمان وزيد بن ثابت وعلى وغيرهم ونقل عن عمر وابن مسعود وابى موسى الاشعرى رضى الله عنهم ان ام الاب ترث مع الاب واختاره شريح والحسن وابن سيرين لان ارث الجدات ليس باعتبار الادلاء لان الادلاء بالانثى لا يوجب استحقاق شئ من فرضيتها بل استحقاقهن الارث باسم الجدة و يتادى فى هذا الاسم ام الام وام الاب وكما ان الاب لا يحجب الاولى لا يحجب الثانية ايضا وهو مردود بان مجرد الاسم بدون القرابة لا يوجب الاستحقاق والقرابة لا تثبت بدون اعتبار الادلاء فوجب الادلاء الا يرى ان الجدة الفاسدة لا ترث مع كونها جدة لعدم الادلاء (وكذا) تسقط الابويات (بالجد الا ام الاب) وان علت كام ام الاب وهكذا فانها ترث مع الجد لانها ليست من قبله (و) الجدة (القربى منهن) اى من الجدات (من اى جهة كانت) اى سواء كانت من قبل الام او من قبل الاب (تحجب) الجدة (البعدى من اى جهة كانت) البعدى فيثبت الحجب ههنا فى اقسام اربعة وهذا مذهب علمائنا رحمهم الله واحدى الروايتين عن زيد بن ثابت وفى رواية اخرى عنه ان القربى ان كانت من قبل الاب والبعدى من قبل الام فهما سواء فيكون حجب القربى فى اقسام ثلاثة فقط من تلك الاربعة وقد عمل بهذه الرواية مالك والشافعى فى الاصح من قوليه ودليل الطرفين بين فى شروح الفرائض فليطالع (وارثة كانت القربى) كام الاب عند عدمه مع ام ام الام وكام الام عند عدمها مع ام ام الاب (او محجوبة كام الاب معه) اى مع وجود الاب (فانهم تحجب ام ام الام) اعنى ان تخلف الميت الاب وام الاب وام ام الام يكون المال كله للاب عندنا

لان العليا محجوبة بالقربى والقربى محجوبة بالاب واذا اجتمع جدتان احديهما ذات قرابة) واحدة (كام ام الاب و) الجدة (الاخرى ذات قرابتين كام اب الاب وهى ايضا ام الام فلث السدس لذات القرابة) الواحدة (وثلثاه للاخرى) اى التى هى ذات قرابتين عند محمد و بنصف عند ابى يوسف باعتبار الابدان وهو قول زفر وتوضيحها ان امرأة زوجت ابن ابنها بنت بنتها فولد بينهما ولد وهذه المرأة جدة لهذا الولد الذى مات من قبل ابيه لانها ام اب ابيه ومن قبل امه لانها ام ام امه فهى جدة ذات قرابتين ثم نقول هناك امرأة اخرى قد كانت تزوج بنتها ابن المرأة الاولى فولد من بنت الاخرى ابن ابن الاولى الذى هو ابو الميت فهذه الاخرى ام ام اب الميت فهى ذات قرابة واحدة وهاتان المرأتان جدتان فى مرتبة واحدة فاذا اجتمعتا فقد وجدت ذات قرابتين مع ذات قرابة واحدة ودليل الطرفين بين فى شرح الفرائض (والمحروم بالقتل ونحوه) كالردة والكفر (لا يحجب غيره اصلا لا حجب حرمان ولا حجب نقصان وهو قول عامة الصحابة رضوان الله عليهم والمحجوب حجب الحرمان (يحجب) غيره (كما مر فى الجدة وكالاخوة والاخوات يحجبهم الاب ويحجبون الام من الثلث الى السدس) اما عند ابن مسعود فلان المحروم عنده حاجب مع انه ليس بوارث اصلا فكذا المحجوب بل هو اولى لانه اقرب وارث من وجه دون وجه واما عندنا فلان المحروم انما جعلناه بمنزلة المعدوم لانه ليس باهل الميراث من كل وجه بخلاف المحجوب فانه اهل له من وجه دون وجه اخر فيجعل كالميت فى حق استحقاق الارث حتى لا يرث شيئا و يجعل حيا فى حق الحجب فهو وارث فى حق محجوبه لولا حاجبه يحجبه ✽) فصل فى العول (✽ هو فى اللغة يستعمل بمعنى الميل لقوله تعالى ذلك ادنى ان لا تعولوا او بمعنى كثرة العيال او بمعنى الارتفاع ومن هذا المعنى الاخير اخذ المعنى المصطلح عليه وهو ان زاد على المخرج من اجزائه اذا ضاق عن فرض وعن هذا قال (واذا زادت سهام اصحاب الفريضة على (الفريضة فقد عالت) الفريضة اعلم ان مجموع المخارج سبعة لكن فى الحقيقة تسعة ستة لكل فرض من الفروض الستة حال الانفراد وثلاثة لها حال الاختلاط الا ان مخرج الثلث والثلثين واحد ومخرج السدس واختلاط النصف ايضا واحد فسقط اثنان وبقى سبعة (واربعة) منها (مخارج لا تعول) اصلا لان الفروض المتعلقة بهذه المخارج اربعة اما ان يفى المال بها او يبقى منه شئ زائد عليها (الاثنان والثلاثة والاربعة والثمانية) اما الاثنان فلان الخارج منه اما نصفان كزوج واخت لابوين اولاب او نصف وما بقى كزوج او اخت او بنت وعصبة فلا يتصور فى مسئلة قط اجتماع واما الثلاثة فلان الخارج منها اما ثلث وثلثان كاختين لام واختين لابوين اولاب واما ثلث وما بقى كام او اختين لام وعصبة واما ثلثان وما بقى كبنتين او اختين وعصبة ولا يتصور فى مسئلة قط اجتماع ثلثين وثلثين او ثلث وثلثين واما الاربعة فلان الخارج منها اما ربع ونصف وما بقى كزوج و بنت او زوجة واخت وعصبة او ربع وما بقى كزوجة وعصبة او ربع وثلث ما بقى وما بقى كزوجة وابوين ولا يتصور فى مسئلة قط اجتماع ربعين ونصف واما الثمانية فلان الخارج منها اما ثمن وما بقى كزوجة وابن او ثمن ونصف وما بقى كزوجة و بنت واخ لاب وام (وثلاثة) منها (تعول الستة الى عشرة وترا) اى من حيث الوتر واراد به السبعة والتسعة (وشفعا) اى من حيث الشفع واراد به الثمانية والعشرة فمثال عولها الى سبعة زوج واختان لابوين اولاب او زوج وجد واخت لاب ومثال عولها الى ثمانية زوج واخت من اب واختان وام او زوج وثلاث اخوات متفرقات او زوج وام واخت من اب او زوج واختان من ابوين واخت من ام او زوج وام واختان من اب ومثال عولها الى تسعة زوج وثلاث اخوات متفرقات وام او زوج واختان من اب واختان من ام او زوج واختان من الابوين وام واخت من ام ومثال عولها الى عشرة زوج واختان من اب واختان من ام والام (والاثنا عشر) يعول (الى سبعة عشر وترا لا شفعا) واراد به ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر مثال عولها الى ثلاثة عشر زوج وبنتان وام او زوجة واختان لابوين واخت لام او زوج وبنتا ابن وام او جدة ومثال عولها الى خمسة عشر زوج وبنتان وابوان او زوجة واختان لاب واختان لام ومثال عولها الى سبعة عشر اربع اخوات لام وثمانى اخوات لاب وجدتان وثلاث زوجات (واربعة وعشرون) تعول (الى سبعة وعشرين عولا واحدا) فى (المسئلة المنبرية) وعند ابن مسعود تعول الى احد وثلاثين (وهى امرأة و بنتان وابوان) وجه تسميتها بالمنبرية مذكور فى شروح الفرائض (والرد ضد العول) اذ بالعول ينتقص سهام ذوى الفروض ويزداد اصل المسئلة وبالرد يزداد السهام وينتقص اصل المسئلة وذلك (بان لا تستغرق السهام الفريضة مع عدم) المستحق من (العصبة فيرد الباقى على ذوى السهام) الفريضة (سوى الزوجين بقدر سهامهم) وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم اى جمهورهم وبه اخذ اصحابنا وقال زيد بن ثابت لا يرد الفاضل على ذوى الفروض بل هو لبيت المال وبه اخذ مالك والشافعى وقال عثمان بن عفان رضى الله عنه يرد على الزوجين ايضا وعن ابن عباس رضى الله عنهما لا يرد على ثلاثة الزوجين والجد (فان كان من يرد عليه

جنسا واحدا فالمسئلة من عدد رؤسهم) كبنتين واختين فانهما لما استويا فى الاستحقاق صارا كابنين او اخوين فجعل المال بينهما نصفين واعطى لكل واحد منهما نصف التركة وكذا الجدتان والمراد بالاختين ان يكونا من جنس واحد بان يكون كلاهما لاب اولام اولابوين (وان كانوا) اى من يرد عليه (جنسين او اكثر) من جنسين (فمن عدد سهامهم) اى تجعل المسئلة من عدد سهامهم اى من مجموع سهام هؤلاء المجتمعين المأخوذ من مخرج المسئلة (فمن اثنين) اى تجعل المسئلة من اثنين (لو كان فى المسئلة سدسان) كجدة واخت لام لان المسئلة ح من ستة ولهما منها اثنان بالفريضة فاجعل الاثنين اصل المسئلة واقسم التركة عليهما نصفين (و) تجعل (من ثلثة لو) كان فيها (ثلث وسدس) كولدى الام مع الام او اخوين لام وجدة او ام واخ لام (و) تجعل (من اربعة لو) كان فيها (سدس ونصف) كبنت و بنات ابن او اخت لابوين واخوات لاب او اخت لاب واخ لام او جدة مع واحد ممن يستحق النصف من الاناث (و) تجعل (من خمسة لو) كان فيها (ثلث ونصف) كاخت لاب وام او اختين لام وكاخت لاب وام وام (او سدسان ونصف) كبنت وبنت ابن وام (او ثلثان وسدس) كبنتين وام فالمسئلة فى هذه الصور الثلاث ايضا من ستة والسهام التى اخذت منها خمسة ففى الصورة الاولى للاخت من الابوين ثلثة اسهم وللاختين لام سهمان وقس عليها سائرها (فان كان مع الاول) الظ بالواو اى مع الجنس الواحد ممن يرد عليه (من لا يرد عليه) كالزوج او الزوجة (اعط فرضه) اى فرض من لا يرد عليه (من اقل مخارجه واقسم الباقى) من ذلك المخرج (على) عدد (رؤسهم) اى رؤس من يرد عليه اعنى ذلك الجنس الواحد كما كنت تقسم جميع المال على عدد رؤسهم اذا انفرد واعمن لا يرد عليه (فان استقام) الباقى عليهم فبها ونعمت هى اذ لا حاجة الى ضرب (كزوج وثلاث بنات) للزوج الربع فاعطه من اقل مخارجه الربع وهو اربعة فاذا اخذ ربعه وهو سهم بقى ثلاثة اسهم فاستقام على رؤس البنات (والا) اى وان لم يستقم الباقى على عدد رؤس من يرد عليهم (فان وافق) رؤسهم ذلك الباقى فاحصل تصح منه المسئلة (ضرب وفق رؤسهم) اى رؤس من يرد عليهم (فى مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وست بنات) فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه اربعة فاذا اعطيت الزوج واحدا منها بقى ثلثه فلا ينقسم على عدد رؤس البنات الست لكن بينهما موافقة الثلث فيضرب وفق عدد رؤسهن وهو اثنان فى الاربعة تبلغ ثمانية فللزوج منها اثنان وللبنات ستة (وان باين) رؤسهم ذلك الباقى (ضرب كل رؤسهم) اى رؤس من يرد عليهم (فيه) اى فى مخرج فرض من لا يرد عليه (كزوج وخمس بنات) اصلها من اثنى عشر لاجتماع الربع والثلثين لكنها يرد مثلها الى الاربعة التى هى اقل مخارج فرض من لا يرد عليه فاذا اعطينا الزوج ههنا واحدا منها بقى ثلاثة فلا يستقيم على البنات الخمس بل بينها و بين عدد الرؤس مباينة فضربنا كل عدد رؤسهن فى مخرج فرض من لا يرد عليه اى الاربعة فحصل عشرون ومنها تصح المسئلة كان للزوج واحد ضربناه فى المضروب الذى هو خمسة فكان خمسة فاعطيناه اياها وكان للبنات ثلث ضربناها فى الخمس حصل خمسة عشر فلكل واحد منهن ثلاثة (وان كان مع الثانى) اى مع اجتماع جنسين ممن يرد عليه (من لا يرد عليه قسم الباقى) من مخرج فرض من لا يرد عليه (على) مسئلة (من يرد عليه فان استقام) فيها (كزوجة واربع جدات وست اخوات لام) فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه اربعة فاذا اخذت المرأة واحدا منها بقى ثلاثة وهى ههنا مستقيمة على مسئلة من يرد عليه لانها ايضا ثلاثة لان حق الاخوات لام الثلث وحق الجدات السدس فللاخوات سهمان وللجدات سهم واحد ففى هذه الصورة استقام الباقى على مسئلة من يرد عليه وتمامه فى شروح الفرايض فليطالع (والا) اى وان لم يستقم ما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه (ضرب جميع مسئلتهم) اى مسئلة من يرد عليه (فى مخرج فرض من لا يرد عليه) فالمبلغ الحاصل من هذا الضرب مخرج فرض الفريقين (كاربع زوجات وتسع بنات وست جدات) فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه وهو الثمانية فاذا دفعنا ثمنها الى الزوجات بقى سبعة فلا يستقيم على الخمسة التى هى مسئلة من يرد عليه ههنا لان الفرضين ثلثان وسدس بل بينهما مباينة فيضرب جميع مسئلة من يرد عليه اعنى الخمسة فى مخرج فرض من لا يرد عليه وهو الثمانية فيبلغ اربعين فهذا المبلغ مخرج فروض الفريقين فاذا اردت ان تعرف حصة كل فريق منهما من هذا المبلغ الذى هو مخرج فروضهما فطريقه ما اشار اليه بقوله (ثم يضرب سهام من لا يرد عليه من اقل مخارج فرضه فى مسئلة من يرد عليه) فيكون الحاصل نصيب من لا يرد عليه من المبلغ المذكور (و) يضرب (سهام من يرد عليه) من مسئلتهم (فيما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه) فيكون الحاصل نصيب ذلك الفريق ممن يرد عليه وذلك لان حق كل فريق ممن يرد عليه انما هو فى الباقى من مخرج فرض من لا يرد عليه بقدر سهامهم فى المسئلة المذكورة للزوجات من ذلك المخرج واحد فاذا ضربنا فى الخمسة التى هى مسئلة من يرد عليه

كان الحاصل خمسة فهى حق الزوجات من اربعين وللبنات اربعة فاذا ضربناها فيما بقى من مخرج
فرض من لايرد عليه وهو سبعة بلغ ثمانية وعشرين فهى لهن من الاربعين وللجدات واحد فاذا ضربناه
فى السبعة كان سبعة فهى للجدات فقد استقام بهذا العمل فرض من لايرد عليه وفرض كل فريق
ممن يرد عليه وان انكسر سهام المأخوذة من مخرج فروض الفريقين على البعض او الجميع (وتصحح) المسئلة
(بالاصول الاتية *) فصل (* فى ذوى الارحام (ذوالرحم) هو فى اللغة بمعنى القرابة مطلقا وفى الشرع بمعنى
(قريب ليس بعصبة ولاذى سهم) مقدر فى كتاب الله تعالى اوسنة رسوله اواجماع الامة (ويرث) ذوالرحم
(كما يرث العصبة عند عدم ذى السهم) وعدم العصبة الا اذا كان ذوالسهم احد الزوجين فيرث معه بعد اخذ
فرضه لعدم الرد عليه وانما قيدنا بعدم العصبة لانه لايكفى بعدم ذى السهم فعلى هذا لو قيده لكان اصوب
(فمن انفرد منهم) ليس بصلة انفرد بل بيان لمن (احرز جميع المال) كان عامة الصحابة اى اكثرهم رضى الله عنهم
يرون توريث ذوى الارحام وهو مذهبنا وقال زيد بن ثابت لاميراث لهم ويوضع المال فى بيت المال وبه قال مالك
والشافعى لنا قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض اى اولى بميراث بعض بالنقل وقال صلى الله عليه وسلم
الخال وارث من لاوارث له وروى ان ثابت بن الدحداح مات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعاصم بن عدى
هل تعرفون له فيكم نسبا فقال انه كان فينا غريبا فلانعرف له الا ابن اخت هو ابو لبابة بن عبد المنذر فجعل
رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثه له ولان اصل القرابة سبب لاستحقاق الارث على ما بيناه الا ان هذه القرابة
ابعد من سائر القرابات فتأخرت عنها والمال متى كان له مستحق لايجوز صرفه الى بيت المال وكثير من اصحاب
الشافعى منهم ابن شريح خالفوه وذهبوا الى توريث ذوى الارحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى فى زماننا لفساد
بيت المال وصرفه فى غير المصارف كما فى التبيين (ويرجحون بقرب الدرجة ثم بقوة القرابة) لان ارثهم بطريق
العصوبة فيقدم الاقرب على الابعد ومن له قوة القرابة على غيره فى كل صنف منهم كما فى العصبات (ثم بكون الاصل
وارثا عند اتحاد الجهة) اذا استووا فى الدرجة فمن يدلى بوارث اولى من كل صنف كبنت بنت الابن اولى من ابن
بنت البنت وابن بنت الابن اولى من ابن بنت البنت لان الوارث اقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقدمه عليه
فى استحقاق الارث والمدلى بجهتين اولى كبنى الاعيان مع بنى العلات (وان اختلفت) جهة القرابة (فلقرابة الاب
الثلثان ولقرابة الام الثلث) لان قرابة الاب اقوى فيكون لهم الثلثان والثلث لقرابة الام مثاله ابو ام الاب
وابو اب الام وهذا لايتصور فى الفروع وانما يتصور فى الاصول والعمات والاخوال (ثم يعتبر الترجيح فى كل فريق
كما لو انفرد) يعنى اذا كان لابى الميت جدان من جهتين وكذلك لامه فلقوم الاب الثلثان ولقوم الام الثلث ثم ما
اصاب قوم الاب ثلثاه لقرابته من جهة ابيه وثلثه لقرابته من جهة امه وكذلك ما اصاب قوم الام كما لو انفرد
ايضا مثاله ابو ام ابى الاب وابو ابى ام الاب وابو ام اب الام وابو ابى ام الام (وعند الاستواء فى القرب والقوة والجهة
للذكر مثل حظ الانثيين) لان الاصل فى المواريث تفضيل الذكر على الانثى وانما ترك هذا الاصل فى الاخوة
والاخوات لام للنص على خلاف القياس (وتعتبر ابدان الفروع) المتساوية الدرجات (ان اتفقت) صفة (الاصول)
فى الذكورة والانوثة كابن البنت وبنت البنت لادلائهما كلهم بوارث (وكذا ان اختلفت) صفة الاصول (عند ابى يوسف)
وحسن بن زياد كبنت ابن البنت وابن بنت البنت لخلوهم عن ولد الوارث فان كانت الفروع ذكورا فقط او اناثا فقط
تساووا فى القسمة وان كانوا مختلفين فللذكر مثل حظ الانثيين ولايعتبر فى القسمة صفات اصولهم اصلا وهو
رواية شاذة عن الامام (وعند محمد يؤخذ الصفة من الاصول والعدد من الفروع ويقسم) المال (على اول بطن وقع
فيه الاختلاف) اى اختلاف الاصول بالذكورة والانوثة للذكر مثل حظ الانثيين (ثم يجعل الذكور) من ذلك البطن
(على حدة ويجعل (الاناث على حدة) بعد القسمة على الذكور والاناث (فيقسم نصيب كل طائفة على اول بطن
اختلف كذلك ان كان) فيما بينهما اختلاف (والا) اى وان لم يكن بينهما اختلاف فى الذكورة والانوثة بان يكون جميع
ما توسط بينهما ذكورا فقط او اناثا فقط (دفع حصة كل اصل الى فرعه) وفى السراجية وشرحه وعند محمد
تعتبر ابدان الفروع ان اتفقت صفة الاصول موافقا لهما وتعتبر الاصول ان اختلفت صفاتهم ويعطى الفروع
ميراث الاصول مخالفا لهما كما اذا ترك ابن بنت وبنت بنت عندهما المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين باعتبار
الابدان اى ابدان الفروع وصفاتهم فثلث المال لابن البنت وثلثه لبنت البنت وعند محمد يكون المال بينهما كذلك
لان صفة الاصول متفقة ولو ترك بنت ابن بنت وابن بنت بنت عندهما المال بين الفروع اثلاثا باعتبار الابدان ثلثاه
للذكر وثلثه للانثى وعند محمد المال بين الاصول اعنى فى البطن الثانى اثلاثا ثلثاه لبنت ابن البنت نصيب ابيها

وثلثه لابن بنت البنت نصيب امه وكذلك عند محمد اذا كان فى اولاد البنات بطون مختلفة يقسم المال على اول بطن
اختلف فى الاصول ثم تجعل الذكور طائفة والاناث طائفة بعد القسمة فما اصاب للذكور من اول بطن وقع فيه
الاختلاف يجمع ويعطى فروعهم بحسب صفاتهم ان لم يكن فيما بينهم وبين فروعهم من الاصول اختلاف
فى الذكورة والانوثة بان يكون جميع ما توسط بينهما ذكورا فقط او اناثا فقط وان كان فيما بينهما من الاصول اختلاف
يجمع ما اصاب الذكور ويقسم على اعلى الخلاف الذى وقع فى اولادهم ويجعل الذكور ههنا ايضا طائفة والاناث
طائفة على قياس ما سبق وكذلك ما اصاب الاناث يعطى فروعهن ان لم تختلف الاصول التى بينهما وان اختلف
يجمع ما اصاب لهن ويقسم على اعلى الخلاف الذى وقع فى اولادهن وهكذا يعمل الى ان ينتهى وتمامه فيهما
ان شئت فليراجع (ويقول محمد) وهو اشهر الروايتين عن الامام والقول الاول لابى يوسف (يفتى) وذكر
بعضهم ان مشايخ بخارا اخذوا بقول ابى يوسف فى مسائل ذوى الارحام والحيض لانه ايسر على المفتى
(ويقدم جزء الميت) اى وترتيبهم كترتيب العصبات فيقدم فروعه (وهم اولاد البنات واولاد بنات الابن وان سفل ثم)
يقدم (اصله) اى اصل الميت (وهم الاجداد الفاسدون) وان علوا كابى ام الميت وابى ابى امه (والجدات الفاسدات)
وان علون كام ابى ام الميت وام ام ابى امه (ثم) يقدم (جزء ابيه وهم اولاد الاخوات) وان سفلوا سواء كانت تلك الاولاد
ذكورا او اناثا وسواء كانت الاخوات لاب وام اولاب اولام (واولاد الاخوة لام وبنات الاخوة) وان سفلن
سواء كانت الاخوة من الابوين او من احدهما (ثم) يقدم (جزء جده وهم العمات والخالات والاخوال والاعمام
لام) فانهم اخوة لابيه من امه واعتبر فيهم كونهم لام لان العم من الابوين او من الاب عصبة (وبنات الاعمام) مطلقا
(ثم اولاد هؤلاء ثم جزء جد ابيه او امه وهم عمات الاب او الام وخالاتهما واخوالهما واعمام الاب واعمام الام وبنات
اعمامهما واولاد اعمام الام) فان جميعها من ذوى الارحام وروى عن الامام ان اقرب الاصناف الى الميت واقدمهم
فى الوراثة عنه هو الصنف الثانى وهم الساقطون من الاجداد والجدات وان علوا ثم الصنف الاول وان سفلوا
ثم الثالث وان نزلوا ثم الرابع وان بعدوا وروى ابو يوسف والحسن بن زياد عنه وابن سماعة عن محمد عنه ان اقرب
الاصناف الاول ثم الثانى ثم الثالث ثم الرابع وهو المأخوذ للفتوى وعندهما الثالث وهم اولاد الاخوات وبنات الاخوة
وبنو الاخوة لام مقدم على الجد ابى الام وتمامه بين فى شروح الفرائض فليطالع *) فصل (* الغرقى) جمع الغريق
(والهدمى) اى الطائفة التى هدم عليهم جدار وغيره وكذلك الحرقى (اذا لم يعلم ايهم مات اولا) كما اذا غرقوا فى السفينة
معا او وقعوا فى النار دفعة او سقط عليهم جدار او سقف بيت عياذا به تعالى او قتلوا فى المعركة ولم يعلم التقدم
والتأخر فى موتهم جعلوا كانهم ماتوا معا (يقسم مال كل على ورثته الاحياء ولايرث بعض) هؤلاء (الاموات
من بعض) هذا هو المختار عندنا لانه قول ابى بكر وعمر رضى الله عنهما وعلى الرواية المشهورة واحدى الروايتين
عن ابن مسعود ووجهه ان الارث يبتنى على التيقن بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حيوة الوارث بعد الموت فلما
لم يتيقن بوجود الشرط لم يثبت الارث بالشك وفى احدى الروايتين عن على وابن مسعود رضى الله عنهما وبه اخذ
ابن ابى ليلى يرث بعضهم من بعض الامن ورث كل واحد منهم من مال صاحبه فانه لايرث منه صورته رجل وابنه
انهدم الحايط عليهما ولم يدر ايهما مات اولا لكل منهما امرأة وابن وترك كل منهما ستة عشر دينارا فعلى قول الجمهور
تركته بين زوجته وابنه الحى وكذا تركة الابن ان لم يكن زوجة ابيه امه وان كانت فيزاد لها الثلث
وعلى القول الاخير للزوجة من تركة الاب الثمن والباقى بين ابنه الحى والميت بالسوية فيصيب الميت سبعة دنانير
واما تركة الابن فلزوجته منها الثمن ولابيه السدس ولزوجة ابيه ان كانت امه ايضا السدس والباقى للابن فى الحالين
فما اصاب اباه من تركته وهو ديناران وثلثا دينار يقسم بين ورثة ابيه سوى الابن الميت وما اصابه من تركة ابيه وهو
سبعة دنانير يقسم بين ورثته سوى الاب الميت (وان اجتمع ابنا عم احدهما اخ لام اعطى السدس له فرضا ثم اقتسما)
اى ابنا العم (الباقى عصوبة) كما مر (ولايرث المجوسى بالانكحة الباطلة) اى اذا تزوج المجوسى امه او غيرها من المحارم
لايرث منها بالنكاح (وان اجتمع فيه) اى فى المجوسى (قرابتان لو انفرد) والظاهر لو انفردتا (فى شخصين ورثا)
اى الشخصان (بهما) اى بالقرابتين (ويرث) ذلك المجوسى الذى اجتمع فيه قرابتان (بهما) اى بالقرابتين
(وان كانت احديهما) اى احدى القرابتين (تحجب الاخرى يرث بالحاجبة) يعنى لو اجتمعت فى المجوسى قرابتان
لو تفرقتا فى شخصين حجبت احديهما الاخرى يرث بالحاجبة وان لم تحجب يرث بالقرابتين (ويوقف للحمل نصيب
ابن واحد وهو المختار) وعليه الفتوى وذلك لان من المعتاد الغالب ان لاتلد المرأة فى بطن واحد الا ولدا
واحدا فيبنى عليه الحكم ما لم يعلم خلافه (وعند ابى يوسف نصيب ابنين) وفى السراجية وعند محمد يوقف

نصيب ثلاثة بنين رواه ليث بن سعد لكن هذه رواية ليست موجودة فى شروح الاصل ولا فى عامة الروايات وفى رواية اخرى عنه نصيب ابنين وهو قول الحسن واحدى الروايتين عن ابى يوسف رواه عنه هشام وروى الخصاف عن ابى يوسف نصيب ابن واحد كما فى المتن فعلى هذا الوقال وعن ابى يوسف لكان اولى وعند الامام نصيب اربعة بنين (وان خرج اكثره) اى اكثر الحمل (حيا ومات ورث) لان الاكثر له حكم الكل فكانه خرج كله حيا (وان) خرج (اقله) وظهر منه شئ من هذه العلامات ثم مات (فلا) يرث لانه لما خرج اكثره ميتا فكانه خرج كله ميتا وان خرج مستقيما وهو ان يخرج رأسه اولا فالمعتبر صدره يعنى اذا خرج صدره كله وان خرج منكوسا وهو ان يخرج رجله اولا فالمعتبر سرته وان لم يخرج السرة لم يرث *) فصل فى المناسخة (* المناسخة) هى مفاعلة من النسخ بمعنى النقل والتحويل والمراد بها ههنا ان ينقل نصيب بعض الورثة بموته قبل القسمة الى من يرث منه وعن هذا قال (ان يموت بعض الورثة قبل القسمة) فان كان ورثة الميت الثانى من عداد ورثة الميت الاول ولم يقع فى القسمة تغير فانه يقسم المال ح قسمة واحدة اذ لا فائدة فى تكرارها كما اذا ترك بنين وبنات من امرأة واحدة ثم مات احدى البنات ولا وارث لها سوى تلك الاخوة والاخوات لاب وام فانه يقسم مجموع التركة بين الباقين للذكر مثل حظ الانثيين قسمة واحدة كما كانت يقسم بين الجميع كذلك فكان الميت الثانى لم يكن فى البين وان وقع تغير فى القسمة بين الباقين كما اذا ترك ابنا من امرأة وثلاث بنات من امرأة اخرى ثم ماتت احدى البنات وخلفت هؤلاء اعنى الاخ لاب والاختين من الابوين اوكان ورثة الميت الثانى غير ورثة الميت الاول كزوج وبنت وام فمات الزوج قبل القسمة عن امرأة وابوين ثم ماتت البنت قبلها ايضا عن ابنين وبنت وجدة هى ام الامرأة التى ماتت اولا ثم ماتت هذه الجدة عن زوج واخوين (فصحح المسئلة الاولى) ويعطى سهام كل وارث من هذا التصحيح (ثم) صحح المسئلة (الثانية) وتنظر بين ما فى يده من التصحيح الاول وبين التصحيح الثانى فى ثلاثة احوال هى المماثلة والموافقة والمباينة (فان استقام بسبب المماثلة (نصيب الميت الثانى) من فريضة الميت الاول (على مسئلته) فبها ونعمت لان تصحيح الاول ههنا بمنزلة اصل المسئلة هناك والتصحيح الثانى ههنا بمنزلة رؤس المقسوم عليه ثمة وما فى يد الميت الثانى بمنزلة سهامهم من اصل المسئلة ففى صورة الاستقامة تصح المسئلتان من التصحيح الاول كما اذا مات الزوج فى المثال المذكور عن امرأة وابوين لان اصلها اثنا عشر فاذا اخذ الزوج منها ثلاثة والبنت ستة والام اثنين بقى منها واحد يجب ردها على البنت والام بقدر سهامهما فاذا رددنا المسئلة الى اقل مخارج فرض من لا يرد عليه صارت اربعة فاذا اخذ الزوج منها واحدا بقى ثلاثة فلا يستقيم على الاربعة التى هى سهام البنت والام بل بينهما مباينة فيضرب هذه السهام التى هى بمنزلة الرؤس فى ذلك الاقل فيحصل ستة عشر فللزوج منها اربعة وللبنت تسعة وللام ثلاثة ثم تلك الاربعة التى هى للزوج منقسمة على ورثته المذكورين فلزوجته واحد منها ولامه ثلث ما يبقى وهو ايضا واحد ولابيه اثنان فاستقام ما فى يد الزوج من التصحيح الاول على التصحيح الثانى وصحت المسئلتان من التصحيح الاول (والا) اى وان لم يستقم نصيب الميت الثانى من فريضة الميت الاول على مسئلته (فاضرب وفق التصحيح الثانى فى) جميع (التصحيح الاول ان وافق نصيبه مسئلته) لان فى التصحيح اذا انكسر سهام طائفة واحدة عليهم وكان بين سهامهم ورؤسهم موافقة يضرب وفق عدد الرؤس فى اصل المسئلة فكذا هنا يضرب وفق التصحيح الثانى الذى هو بمنزلة الرؤس هناك فى التصحيح الاول القائم هنا مقام اصل المسئلة فيحصل به ما تصح منه المسئلتان كما اذا ماتت البنت ايضا فى ذلك المثال وخلفت كما ذكر ابنين وبنتا وجدة فان ما فى يدها فى التصحيح الاول تسعة وتصحيح مسئلتها ستة وبينهما موافقة بالثلث فيضرب ثلث الستة وهو اثنان فى ستة عشر فالمبلغ وهو اثنان وثلاثون مخرج المسئلتين (والا) اى وان لم يوافق نصيبه مسئلته (فاضرب) كل التصحيح (الثانى فى) كل التصحيح (الاول) على قياس ما فى باب التصحيح على تقدير المباينة بين رؤس الطائفة وبين سهامهم (فالحاصل من الضرب مخرج المسئلتين) كما اذا ماتت فى ذلك المثال الجدة التى هى ام المرأة المتوفاة اولا وخلفت زوجا واخوين فان ما فى يدها تسعة كما عرفت آنفا وتصحيح مسئلتها اربعة وبين التسعة والاربعة مباينة فاضرب الاربعة فى التصحيح السابق اعنى اثنين وثلثين يبلغ مائة وثمانية وعشرين فهى مخرج المسئلتين وتمامه فى السيد الشريف (ثم اضرب سهام ورثة الميت الاول) من تصحيح مسئلته (فى وفق التصحيح الثانى) على تقدير الموافقة (او فى كله) على تقدير المباينة فيكون الحاصل من ضرب سهام كل وارث منهم فى هذا المضروب نصيبه من المبلغ المذكور والسبب ان التصحيح الثانى ووفقه ههنا بمنزلة المضروب فى اصل المسئلة ثمة واضرب (سهام ورثة الميت الثانى) من تصحيح مسئلته (فى وفق ما فى يده) على تقدير الموافقة (او فى كله) على تقدير المباينة (فاخرج فهو) اى الحاصل من هذا الضرب (نصيب كل فريق) لان حق ورثة الميت الثانى انما هو فيما فى يده

فصار سهام كل واحد منهم مضروبة فيه (فان مات ثالث) من الورثة قبل القسمة (فاجعل المبلغ) الذى صح منه المسئلة الاولى (والثانية مكان الاول والثالث مكان الثانى) فى العمل كان الميت الاول والثانى صارا ميتا واحدا فيصير الميت الثالث ميتا ثانيا (وكذا تفعل ان مات رابع اوخامس وهلم جرا) الى غير النهاية فانه لما صار تصحيح الميت الاول والثانى والثالث تصحيحا واحدا صار وا كلهم ميتا واحدا فيصير الميت الرابع ميتا ثانيا وكذا الحال اذا صار تصحيح اربعة من الموتى تصحيحا واحدا كانوا بمنزلة ميت واحد فصار الخامس ميتا ثانيا وهكذا الى ما لا يتناهى وتفصيل هذا الباب فى شرح الفرائض للسيد فليراجع *) حساب الفرائض الفروض (* الستة المذكورة فى كتاب الله تعالى (نوعان) على التنصيف ان بدأت بالاكثر وعلى التضعيف ان بدأت بالاقل فثلاثة منها نوع وثلاثة اخرى نوع اخر (الاول النصف ونصفه) اى نصف النصف (وهو الربع ونصف ونصفه) اى نصف الربع (وهو الثمن) والنوع (الثانى الثلثان ونصفهما) اى نصف الثلثين وهو الثلث (ونصف نصفهما) اى نصف نصف الثلثين (وهو السدس فالنصف يخرج من اثنين والربع من اربعة والثمن من ثمانية والثلثان والثلث من ثلاثة والسدس من ستة) فان مخرج كل فرض من هذه الفروض سمية من الاعداد اذ الربع سمية اربعة وكذا الباقى الا النصف فانه من اثنين والاثنان ليس سميا للنصف فان كان فى المسئلة النصف فقط كما فيمن خلف بنتا واخا لاب وام فهى من اثنين وان كان فيها الربع وحده كما فيمن تركت الزوج مع الابن كانت من اربعة وان كان فيها الثمن فقط كما فيمن ترك الزوجة والابن كانت من ثمانية وان كان فيها الثلث وحده كما اذا ترك اما واخا لاب وام اوكان فيها الثلثان فقط كما اذا ترك بنتين وعما فهى من ثلثة وان كان فيها السدس فقط كما اذا ترك ابا وابنا فهى من ستة (وان اختلط النصف) من النوع الاول (بالنوع الثانى كله) اى بالثلثين والثلث والسدس كما اذا تركت زوجا واما واختين لاب وام واختين لام (او) اختلط (ببعضه) اى ببعض النوع الثانى كما اذا اختلط النصف بالثلث فقط او بالثلثين فقط او بالسدس وحده او بالثلث والثلثين معا او بالثلثين والسدس معا او بالثلث والسدس معا (فمن ستة) اى فالمسئلة من ستة لان مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة وكلاهما داخلان فى الستة فهى مخرج النصف المختلط بفروض النوع الثانى على جميع الوجوه المذكورة وايضا بين مخرج النصف والثلث مباينة فاذا ضرب احدهما فى الاخر حصل ستة فهى مخرج لهما (او) اختلط (الربع) من النوع الاول بكل الثانى كما اذا خلف زوجة واما واختين لاب وام واختين لام او ببعضه كما اذا اختلط بالثلثين فقط او بالثلثين فقط او بالسدس فقط او بالثلثين والسدس معا او بالثلثين والثلث او بالثلث والسدس معا (فمن اثنى عشر) فالمسئلة من اثنى عشر لان مخرج اقل جزء من النوع الثانى هو الستة وقد دخل فيها مخرج الثلث والثلثين فاكتفينا بها مخرجا للكل (او) اختلط (الثمن) من النوع الاول بكل الثانى هذا انما يتصور على رأى ابن مسعود رضى الله عنه واما على رأينا فهو غير متصور كما قرر فى موضعه او ببعضه كما اذا اختلط بالثلثين والسدس او بالثلث والسدس على رأيه او بالثلثين والثلث على رأيه او بالثلثين فقط او بالسدس فقط او بالثلث فقط (فمن اربعة وعشرين) اى فالمسئلة من اربعة وعشرين لان مخرج اقل جزء من النوع الثانى هو الستة التى دخل فيها مخرج الثلث والثلثين فوجب الاكتفاء بها لما عرفت وبين الستة ومخرج الثمن اعنى الثمانية موافقة بالنصف فضربنا نصف احديهما فى كل الاخرى فحصل اربعة وعشرون وايضا بين مخرج الثلث والثلثين ومخرج الثمن مباينة فضربنا الكل فى الكل فصار الحاصل ايضا اربعة وعشرين فهى مخرج الفروض المختلطة بالثمن (واذا انكسر سهام فريق عليهم) اى على الورثة من ذلك الفريق (وباينت سهامهم) اى سهام من انكسر عليهم (عددهم فاضرب عددهم) اى كل عدد رؤس من انكسر عليهم السهام (فى اصل المسئلة) ان لم تكن عائلة وفى اصلها مع عولها ان كانت عائلة (كامرأة واخوين) اصل المسئلة اربعة فاذا اخذت المرأة منها واحدا بقى ثلاثة ولا يستقيم على الاخوين وبينهما مباينة فضربنا الاثنين فى اصل المسئلة فحصل ثمانية فللمرأة من اصل المسئلة واحد ضربناها فى الاثنين فلم يتغير فالاثنان لها وللاخوين من اصل المسئلة ثلاثة ضربناها فى الاثنين فحصل ستة فلكل واحد ثلاثة منها (وان وافق سهامهم عددهم فاضرب وفق عددهم) اى عدد رؤس من انكسر عليهم السهام (فى اصل المسئلة) ان لم تكن عائلة وفى اصلها مع عولها ان كانت عائلة (كامرأة وستة اخوة) اصل المسئلة اربعة واذا اخذت المرأة واحدا منها بقى ثلاثة ولا تستقيم على الستة وبينهما موافقة بالثلث فضربنا وفق عددهم وهو اثنان فى اصل المسئلة وهو اربعة فيكون ثمانية كان الزوج واحد فضرب فى اثنين فيكون اثنين وللاخوة ثلثة فضرب فى اثنين يكون ستة لكل واحد منهم سهم (فاذا انكسر سهام فريقين او اكثر وتماثلت اعداد رؤسهم فاضرب احد الاعداد فى اصل المسئلة) حتى يحصل

مانصح منه المسئلة على جميع الفرق (كثلاث بنات وثلاثة اعمام اصل المسئلة ثلاثة اثنان منها للبنات وواحد للاعمام (فينكسر على الفريقين) لكن بين اعداد رؤس البنات واعداد رؤس الاعمام تماثل فيضرب عدد احدهما وهو ثلاثة في اصل المسئلة فيكون تسعة الثلثان منها ستة وهي حق البنات الثلث والباقي وهو ثلاثة للاعمام (وان تداخلت الاعداد فاضرب اكثرها) اى اكثر الاعداد (في اصل المسئلة) حتى يحصل مانصح منه المسئلة (كاربع زوجات وثلاث جدات واثنى عشر عما) اصلها من اثنى عشر للزوجات الربع وهو ثلاثة ولا تستقيم عليها وللجدات السدس وهو سهمان ولا يستقيم عليها ايضا وللاعمام الباقي وهو سبعة ولا موافقة بين الاعداد والسهام لكن الاعداد متداخلة فيضرب اكثرها وهو اثنى عشر في اصل المسئله وهو اثنى عشر فيكون مائة واربعة واربعين كان للزوجات ثلاثة فيضرب في اثنى عشر فيكون ستة وثلثين وللجدات سهمان فيضربان في اثنى عشر فيكون اربعة وعشرين وللاعمام سبعة فيضرب في اثنى عشر فيكون اربعة وثمانين (وان وافق بعض الاعداد بعضا فاضرب وفق احدها في جميع الثاني) واضرب (المبلغ في وفق الثالث ان وافق والا) اى وان لم يوافق (ففي جميعه) واضرب (المبلغ في الرابع كذلك) اى في وفقه ان وافق والا في جميعه (ثم) اضرب (الحاصل في اصل المسئلة) حتى يحصل مانصح منه المسئلة (كاربع زوجات وخمس عشرة جدة وثماني عشرة بنتا وستة اعمام) اصلها من اربعة وعشرين للزوجات الثمن وهو ثلاثة ولا تستقيم عليها ولا توافق وللجدات السدس وهو اربعة ولا تستقيم عليها ولا توافق وللبنات الثلثان وهو ستة عشر ولا تستقيم عليهن وبين رؤسهن وسهامهن موافقة بالنصف فرجع الى النصف وهو تسعة وبقي للاعمام سهم فعنا اربعة وخمسة عشر وتسعة وستة ثم طلبنا بينهما التوافق فوجدنا الاربعة موافقة للستة بالنصف فرددنا احدهما الى نصفها وضربناه في الاخرى صار المبلغ اثنى عشر وهو موافق للتسعة بالثلث فضربنا ثلث احدهما في جميع الاخرى صار المبلغ ستة وثلثين وبين هذا المبلغ الثاني وبين خمسة عشر موافقة بالثلث ايضا فضربنا ثلث خمسة عشر وهو خمسة في ستة وثلثين فحصل مائة وثمانون ثم ضربنا هذا المبلغ الثالث في اصل المسئلة اعني اربعة وعشرين فصار الحاصل اربعة آلاف وثلاثمائة وعشرين وتمامه في شروح الفرائض فليطالع (وان تباينت الاعداد فاضرب كل احدها في جميع الثاني ثم المبلغ في الثالث ثم المبلغ في الرابع ثم) اضرب (الحاصل في اصل المسئلة) حتى يحصل مانصح منه المسئلة (كامرأتين وعشر بنات وست جدات وسبعة اعمام) اصلها ايضا اربعة وعشرون وللزوجين الثمن وهو ثلاثة لا تستقيم عليهما وبين رؤسهن وسهامهن مباينة فاخذنا عدد رؤسهن وللجدات السدس وهو اربعة لا تستقيم عليهن وبين عددي رؤسهن وسهامهن موافقة بالنصف فاخذنا نصف عدد رؤسهن وللبنات الثلثان وهو ستة عشر لا تستقيم عليهن وبين رؤسهن وسهامهن موافقة بالنصف فاخذنا نصف عدد رؤسهن وللاعمام الباقي وهو واحد لا يستقيم عليهم وبينه وبين عدد رؤسهم مباينة فاخذنا عدد رؤسهم فصار معنا من الاعداد المأخوذة للرؤس اثنان وثلاثة وخمسة وسبعة وهذه كلها اعداد متباينة فضربنا الاثنين في الثلاثة صارت ستة ثم ضربنا هذا المبلغ في خمسة فصار ثلثين ثم ضربنا الثلثين في سبعة فحصل مائتان وعشرة ثم ضربنا هذا المبلغ في اصل المسئلة وهو اربعة وعشرون فصار المجموع خمسة آلاف واربعين فمنها تستقيم المسئلة على جميع الطوائف هذا اذا لم تكن المسئلة عائلة (و) اما (ان كانت المسئلة عائلة فاضرب ماضربته في الاصل فيه مع العول في جميع ذلك) على ماقررناه في المسائل المذكورة) ❊ فصل (❊ وتداخل العددين يعرف بان تطرح الاقل من الاكثر مرتين او اكثر فيفنيه) اى يفني الاقل الاكثر كالثلاثة والستة (او تقسم الاكثر على الاقل فيقسم قسمة صحيحة) اى قسمة لا كسر فيها كالستة فانها منقسمة على الثلاثة وعلى الاثنين ايضا بلا كسر فيصيب من الستة كل واحد من الثلاثة اثنان ومن اثنين ثلاثة وقس على ذلك سائر المتداخلين والسبب فيه انه اذا عد عدد ماهو اكثر منه كان الاكثر مثل الاقل او امثاله فيصيب بالقسمة كل واحد من احاد الاقل احاد صحيحة بعدد امثال الاقل في الاكثر ثم مثل المتداخلين بقوله (كالخمسة مع العشرين) لانك اذا طرحت الخمسة من العشرين اربع مرات افنيت العشرين فهما متداخلان وكذا اذا قسمت العشرين على الخمسة يجيء اربعة اقسام صحيحة او نقول التداخل هو ان يزيد على الاقل مثله او امثاله يساوي الاكثر او ان يكون الاقل جزء الاكثر جزأ مفردا من الاكثر فلا تداخل بين الستة والتسعة وان كان الستة ثلثي التسعة لانها ليست جزأ مفردا ومن شرط التداخل ان لا يكون الاقل زوجا مع كون الاكثر فردا وان لا يزيد الاقل على نصف الاكثر ويعرف (توافقهما) اى العددين في جزء كالنصف ونظايره (بان تنقص الاقل من الاكثر من الجانبين حتى يتوافقا في مقدار فان توافقا في واحد فهما متباينان) كالخمسة مع السبعة والتسعة واحد عشر مع عشر (وان) توافقا (في اكثر) من واحد (فهما متوافقان فان كان) الاكثر (اثنين فهما متوافقان بالنصف) كثمانية عشر مع الثمانية فانه

اذا القيت من ثمانية عشر ثمانية مرتين بقي منها اثنان واذا القي اثنان من الثمانية ثلاث مرات بقي منها ايضا اثنان فهما متوافقان بالنصف (وان) كان الاكثر ثلثة (فبالثلث) كما في التسعة والاثنى عشر (او كان) الاكثر (اربعة فبالربع) كالثمانية والاثنى عشر (هكذا الى العشرة) اى يكون التوافق في الاعداد التي هي العشرة ومادونها بواحد من الكسور التسعة المشهورة وهي النصف الى العشر ويسمى هي مع ما يتركب منها بالاضافة او التكرير بالكسور المنطقة (وان) توافقا (في احد عشر) كاثنين وعشرين مع ثلثة وثلثين (فبجزء من احد عشر) اى هما متوافقان بجزء من احد عشر (وهلم جرا) اى ان توافقا في ثلثة عشر يتوافقان بجزء من ثلاثة عشر كستة وعشرين وتسعة وثلثين فان العاد لهما ثلثة عشر وفي خمسة عشر يتوافقان بجزء من خمسة عشر كثلثين مع خمسة واربعين فان خمسة عشر بعدهما معا فهما متوافقان بجزء منها (وان اردت معرفة نصيب كل فريق) كالبنات والجدات والزوجات والاعمام وغيرها (من التصحيح) الذي استقام على الكل (فاضرب ما كان له) اى لكل فريق (من اصل المسئلة فيما ضربته في اصل المسئلة) اى في المضروب الذي ضربته في اصلها (فاخرج) من هذا الضرب (فهو نصيبه) اى نصيب ذلك الفريق (وكذا العمل في معرفة نصيب كل فرد) من افراد ذلك الفريق من التصحيح (وان شئت) سهام كل فرد من اصل المسئلة (فانسب سهام كل فريق من اصل المسئلة الى عدد رؤسهم) مفرد عن اعداد رؤس غيرهم (ثم اعط بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد منهم) من افراد ذلك الفريق (وان اردت قسمة التركة بين الورثة والغرماء) الواو والواصلة ههنا مستعارة لا لواو الفاصلة اذ لا يتصور القسمة بين الطائفتين معا لان التركة ان وفت بجميع الديون فلا قسمة بين الغرماء والا فلا قسمة بين الورثة (فانظر بين التركة والتصحيح فان كان بينهما موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة ثم اقسم) المبلغ (الحاصل) من هذا الضرب (على وفق التصحيح فاخرج فهو نصيب ذلك الوارث) مثاله زوج وام واختان لاب وام اصلها من ستة وتعول الى ثمانية فللزوج منها ثلاثة وللام واحد ولكل من الاختين سهمان فان فرض ان جميع التركة خمسون دينارا يكون بين التصحيح والتركة موافقة بالنصف فيضرب سهم الزوج من التصحيح وهو ثلاثة في وفق التركة وهو خمسة وعشرون يبلغ خمسة وسبعين ثم تقسم الخمسة والسبعين على وفق التصحيح وهو اربعة فيكون للزوج من التركة ثمانية عشر دينار وثلثة ارباع دينار ويضرب سهم الام من التصحيح وهو واحد في خمسة وعشرين وهو وفق التركة فيكون خمسة وعشرين ثم نقسمها على وفق التصحيح وهو اربعة فيكون للام ستة دنانير وربع دينار ويضرب سهم كل من الاختين وهو سهمان في وفق التركة فيبلغ خمسين ثم نقسمها على وفق التصحيح وهو اربعة فيكون لكل واحد من الاختين اثنى عشر دينار ونصف دينار (وان لم يكن بينهما موافقة فاضرب سهام كل وارث في جميع التركة ثم اقسم) المبلغ (الحاصل على جميع التصحيح فاخرج) من هذه القسمة (فهو نصيبه) اى نصيب ذلك الوارث كما اذا فرض ان جميع التركة خمسة وعشرون دينارا كان بينها وبين التصحيح الذي هو ثمانية مباينة فاذا اردت ان تعرف نصيب كل وارث من هذه التركة فاضرب نصيب الزوج من التصحيح وهو ثلاثة في كل التركة يحصل خمسة وسبعون ثم اقسم هذه المبلغ على التصحيح اعني ثمانية يخرج تسعة دينار وثلاثة اثمان دينار فهذه نصيب الزوج واضرب ايضا نصيب الام من التصحيح وهو واحد من جميع التركة فيكون الحاصل خمسة وعشرين فاذا قسمتها على الثمانية خرج ثلاثة دنانير وثمن دينار فهي نصيب الام واضرب نصيب كل اخت من التصحيح وهو اثنان في كل التركة يحصل خمسون فاذا قسمت هذا الحاصل على الثمانية خرج ستة دنانير وربع دينار فهو نصيب كل اخت من التركة (وكذا العمل لمعرفة نصيب كل فريق) من الورثة يعني فاضرب ما كان لكل فريق من اصل المسئلة في وفق التركة ثم اقسم المبلغ الحاصل من هذا الضرب على وفق تصحيح المسئلة ان كان بين التركة وتصحيح المسئلة موافقة وان كان بينهما مباينة فاضرب ما كان لكل فريق في كل التركة ثم اقسم الحاصل على جميع تصحيح المسئلة فالخارج نصيب ذلك الفريق في الموافقة والمباينة وتمامه في السيد فليطالع (وفي القسمة بين الغرماء اجعل مجموع الديون كالتصحيح وكل دين) من ديون الغرماء (كسهام الوارث ثم اعمل العمل المذكور) فاذا كان للميت غريمان لكل منهما ثلاثة آلاف وستة غرماء لكل منهم الفان وكانت التركة عشرين كان بين جميع الديون وذلك ثمانية عشر وبين التركة موافقة نصفية فنضرب الثلاثة التي كانت لكل من الغريمين في نصف التركة وذلك عشرة تبلغ ثلثين ونقسم على نصف الديون وذلك تسعة فالخارج وذلك ثلاثة وثلث نصيب كل منهما فيكون لكليهما ستة وثلثان ونضرب الاثنان اللذان كانا لكل من الغرماء الستة في العشرة يبلغ عشرين ويقسم على التسعة فالخارج وذلك سهمان وتسعان نصيب كل منهم فيكون للغرماء الستة اثنى عشر سهما واثنى عشر تسعا وذلك سهم وثلث سهم فاذا ضممت ثلاثة عشر وثلثا الى ستة وثلثين يبلغ عشرين

وان كانت التركة تسعة عشر فبينهما او بين جميع الديون مباينة فتضرب ثلثة كل من الغريمين فى تسعة عشر تبلغ سبعة وخمسين فتقسم على ثمانية عشر فالخارج وهو ثلثة اسهم وتسع ونصف تسع لكل منهما فيكون لكليهما ستة اسهم وثلاثة اتساع وذلك ثلث سهم فيضرب سهما كل من الغرماء الستة فى تسعة عشر يبلغ ثمانية وثلثين فيقسم على ثمانية عشر فالخارج وهو سهمان وتسع لكل منهم فللغرماء الستة اثنى عشر وستة اتساع سهم وذلك ثلثاه فاذا ضممت اثنى عشر وثلثين الى ستة وثلث يبلغ تسعة عشر (ومن صالح من الورثة او الغرماء على شئ) معلوم (منها) اى من التركة (فاطرح نصيبه من التصحيح او الديون واقسم الباقى على سهام من بقى من الورثة (او) على (ديونهم) اى ديون من بقى من الغرماء. مثاله زوج وام وعم ففيها نصف وثلث الكل ومابقى فاصلها وتصحيحها من ستة فاذا صالح الزوج على شئ كما فى ذمته من المهر وخرج من البين نطرح سهامه من التصحيح وذلك ثلاثة ويقسم باقى التركة على سهام الباقين على ماكان اثلاثا ثلثاه للام وثلثه للعم (قال الفقير) يريد المولى الفاضل روح الله روحه وزاد فى اعلى غرف الجنان فتوح نفسه النفيسة (هذا اخر) كتاب سماه (ملتقى الابحر ولم آل) من الالو وهو التقصير (جهدا) اى لم امنعك جهدا (فى عدم ترك شئ من مسائل الكتب الاربعة) وهى القدورى والمختار والكنز والوقاية كما مر فى الخطبة (والتمس) على صيغة المتكلم من الالتماس (من الناظر فيه) اى فى هذا الكتاب (ان اطلع على الاخلال بشئ منها) اى من مسائل الكتب الاربعة بان لايذكره فى محله (ان يلحقه) مفعول التمس (بمحله فان الانسان محل النسيان) سمى الانسان انسانا لانه الناسى ولذلك قيل اول الناس اول الناسى (ولكن) امر غائب (ذلك) اى الالحاق بمحله الاصلى (بعد التأمل فى مظان تلك المسئلة) اى بعد التأمل فى مواضع يظن تلك المسئلة منها (فانه ربما ذكرت بعض المسائل فى بعض الكتب المذكورة فى موضع وفى غيره فى موضع اخر فاكتفيت بذكرها) اى بذكر تلك المسئلة (فى احد الموضعين) فيظن ان هذا ليس بمحله لكن بعد التأمل يظهر وجهه (ثم انى زدت) فيه (مسائل كثيرة من الهداية ومجمع البحرين) قال فى الخطبة ونبذة من الهداية فيكون مناقضا لما قال هناك لكن اسلفنا التوفيق بينهما ثمة فلا حاجة الى التكرار (ولم ازد شيئا من غيرهما) اى غير الهداية ومجمع البحرين (حتى يسهل الطلب على من اشتبه عليه صحة شئ مما ليس فى الكتب الاربعة والله حسبى) اى كافى (ونعم الوكيل) الحمد لله على الكمال والتمام

والصلوة والسلام على افضل الرسل الكرام محمد سيد الانام وعلى آله وصحبه العظام
مابقى على وجه الارض علماء الاعلام بعون الله العزيز الجليل وعليه الاعتماد والتعويل
فى ان يهدينى سواء السبيل ويجعلنى من رحمته فى ظل ظليل ويعصمنى عن مزلة
الافهام ويثبتنى يوم تزل الاقدام انه قريب مجيب وماتوفيقى الا بالله عليه توكلت
واليه انيب وقد انتهى وتم بفضله تعالى ببلدة ادرنه صانها الله عن البليه
قاضيا بالعساكر المنصورة فى ولاية الروم ايلى المعموره راجيا من الله
عز وجل العفو عما وقع منى فيه من القصور والخبط والزلل وذلك
فى ليلة الخميس فى اليوم التاسع عشر من جمادى الاخرة
من شهور سنة سبع وسبعين والف من هجرة من له
العز والشرف اللهم اجعله لى ذخرا نافعا
وخيرا باقيا بحرمة جميع الانبياء
والمرسلين خصوصا بحرمة
حبيبك محمد المصطفى
صلوات الله عليه
وعليهم اجمعين
آمين
مم
م

قد تم طبع هذا الكتاب المسمى بمجمع الانهر * فى شرح ملتقى الابحر * دفعة ثالثة بمطبعة دار الخلافة العليه
صانها الله تعالى عن الافات والبليه * فى زمان سلطنة سلطاننا ناظم درر الشوكة والاقبال * والدر المنتق
فى اصداف العز والاجلال * مروج الشريعة الاحمدية * مؤيد الطريقة المحمدية * حافظ البلاد
ناصر العباد * السلطان ابن السلطان * السلطان عبد المجيد خان * ابن السلطان الغازى
محمود خان * لازال محفوظا فى اريكة السلطنة مانشر الفقه فى كل آن * وصادف
ختام طبعه بنظارة تراب اقدام اهل العرفان والفضائل *
* السيد محمد نائل * ووقع ذلك اواسط
شعبان * لسنة ثمان وخمسين
ومأتين والف
م